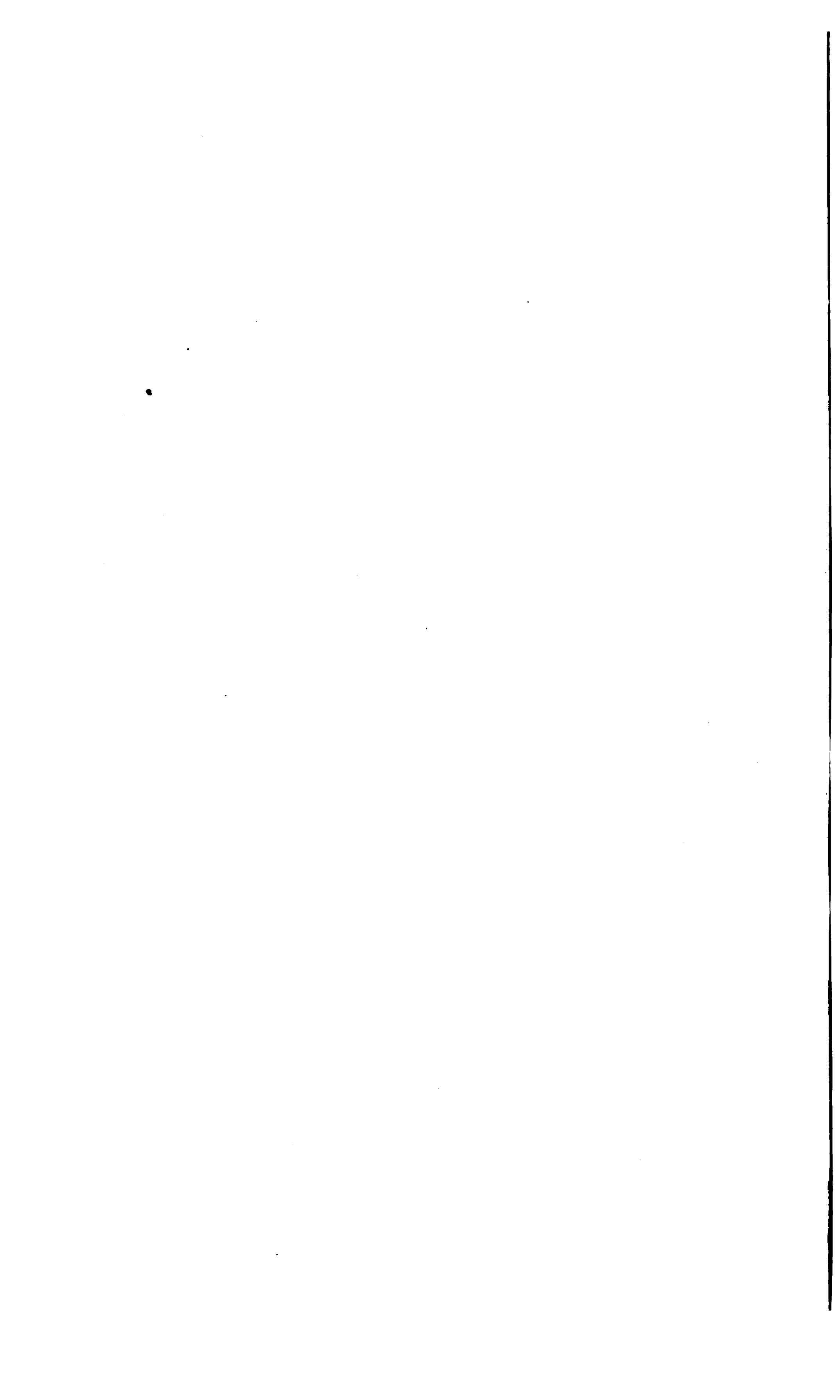





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Germany



Nondum est ex empto actio.

Eine Untersuchung

der Lehre von der

exceptio non adimpleti contractus

von

Wolfgang Stintzing.

München
Theodor Ackermann
königlicher Hof-Buchhändler.
1893.

Nondum est ex emto actio.

I. Einleitung und Grundlegung.

§ 1. Ausscheidung.

In der nachfolgenden Abhandlung soll die sogenannte exceptio non adimpleti contractus einer Prüfung unterzogen werden. Die Bezeichnung exceptio non adimpleti (impleti) contractus stammt nicht aus dem Römischen Recht; ebenso wenig die mehr auf unbenannte Real-Kontrakte hinweisende Bezeichnung exceptio implementi non secuti. (Wahl, de natura atque indole exceptionis implementi non secuti. 1751.)

Was aber den deutschen Ausdruck: Einrede des nicht erfüllten Vertrages betrifft, so ist er sprachlich ein durch die wörtliche Übersetzung des lateinischen Ausdrucks hervorgerufener Barbarismus. Die richtige Bezeichnung wäre Einrede aus Nichterfüllung oder wegen Nichterfüllung.

Die deutsche Bezeichnung Einrede aber führt ferner zu Mißverständnissen. Zum Gegenstande einer Einrede, als Beweis-Einrede, als Antritt eines Gegenbeweises (C. P. O. § 256, 315 Nro. 3, 319 Abs. 2) kann Alles erhoben werden. Und so kann auch die Nichterfüllung des Vertrages Gegenstand einer Einrede sein. Der Beklagte kann gegen den Beweis des Klägers, er habe erfüllt, den Gegenbeweis antreten. Und der Beweis-Beschluß kann dann wohl die Nichterfüllung zum Gegenstande einer Einrede in diesem Sinne erheben, indem von ihrer Durchführung die Abweisung des Klägers abhängig wird, resp. die Frage, ob Beklagter unbedingt oder bedingt verurtheilt wird.[1])

[1]) Über die bedingte Verurtheilung siehe IV Theil Nr. VI.

Es könnte ferner auch von einer Einrede, daß nicht erfüllt sei, gesprochen werden, wenn das geltende Recht an gewisse Thatsachen, z. B. Annahme der Waare, die Präsumtion knüpfte, es sei erfüllt. Allein solche Präsumtionen, gegen welche ein Gegenbeweis nothwendig wird, hat das Römische Recht nicht aufgestellt; die verschiedenen Vorstöße, welche in den gemeinrechtlichen Gebieten gemacht sind, um derartige praesumtiones juris [1]) [2]) auszubilden, sind nicht geltendes Recht geworden; und das Prinzip der freien Beweis-Würdigung nach § 259 C. P. O. widerstrebt der Bildung neuer Präsumtionen, mögen auch die alten Beweisregeln den Werth „goldener Erfahrungssätze" behalten. (Motive S. 208. Planck K. V. Schr. IV S. 250).[3])

Da also zum Gegenstande einer Einrede im Sinne von Gegenbeweis Alles erhoben werden kann und das gemeine Recht an bestimmte Thatbestände keine materiellen, das Vertrags-Verhältnis beeinflussenden Rechtswirkungen knüpft, so verliert die Einrede in diesem Sinne alle Substanz. Die geschichtliche Entwickelung der Lehre vom Gegenbeweise aber gehört nicht in unser Gebiet.

Und wo das Recht etwa an die Annahme die Wirkung knüpft, daß den Annehmenden die Beweislast trifft, da kann von einer allgemeinen Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht gesprochen werden. Denn eben aus den konkreten Thatsachen er-

---

[1]) Die praesumtiones facti seu hominis sind durch EG. z. C.P.O. § 14 Nr. 3 beseitigt. Und es ist sehr zweifelhaft, ob Aufnahme der Waare nicht zu den praesumtiones facti gehört.

[2]) Nach Handelsgesetzbuch a. 347 entsteht bei Distanze-Geschäften aus der Versäumnis der Prüfung und Anzeige eine praesumtio juris et de jure (vergl. darüber unten § 4). — In Partikularrechten wird an die Annahme eine praesumtio juris et de jure geknüpft. So im Hamburger Stadtrecht vom Jahre 1603 a. 17 pars II tit. 8: „Wenn ein Mann Korn, Holz, Ochsen, Schweine, Schaafe, Pferde u. d. fahrende habe auf dem freien Markt oder auch in den Schiffen besehen und gekauft und darauf an seine Behausung und Gewehre gebracht hat, das muß er ohne alle Exception gelten und bezahlen; es wären denn ihre Vorworte anders." Über die Ausdehung dieses Gesetzes s. Schlodtmann, Zeitschr. f. H. R. Band 37. S. 2 ff.

[3]) Über die Zulässigkeit des Gegenbeweises Bolgiano in der Zeitschr. f. d. C.P. 3. Band. Nr. IX. S. 196 ff., welcher übrigens § 411 C.P.O. dahin auslegt, daß gegen die praesumtio juris Eidesdelation unzulässig sei. (?!)

giebt sich, ob eine Einrede nothwendig ist oder nicht. Daß dabei die Bezeichnung Einrede für das Antreten des Gegenbeweises ein sehr schlechter Ausdruck ist, sollte nicht verkannt werden.

Von einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages wird aber insbesondere im materiellrechtlichen Sinne gesprochen, indem sie als Mittel dienen soll, das Retentionsrecht zur Geltung zu bringen.

Die Untersuchung über diese Einrede ist auf den ersten Blick identisch mit der Frage: Welche Wirkungen hat bei gegenseitigen Verträgen die Nichterfüllung von Seiten des Klägers, der Erfüllung verlangt?

Natürlich kann es sich nur um gegenseitige Verträge handeln. Denn bei rein einseitigen Verträgen könnte die Gegenleistung nur als Inhalt einer Bedingung, resp. als Klagfundament, wie man dies auszudrücken pflegt, in Betracht kommen.

Diese Frage leidet von vornherein an dem Fehler zu großer Allgemeinheit. Die Wirkung der Nichterfüllung kann peremtorisch oder dilatorisch sein. Der Beklagte kann sowohl Befreiung als Suspension seiner Leistungs-Pflicht verlangen. Die aufhebende Wirkung aber kann sich in verschiedenster Weise vollziehen: ipso jure und ope exceptionis; von selbst und facto hominis; die Nichterfüllung kann ferner Endigung des Vertrags-Verhältnisses bewirken und Grund zur Aufhebung sein. Und es erhellt schon daraus, daß mit der exceptio non adimpleti contractus peremtoria garnichts gedient ist. Einheitlich ist sie nur dadurch, daß der Beklagte sich auf Nichterfüllung beruft. Welche Wirkung diese Rüge hat, beantwortet sich rein aus dem Gedinge der Parteien resp. aus dem speziellen Geschäfts-Typus. So wirkt die Nichterfüllung Aufhebung ipso iure bei der suspensiven lex commissoria. Hat hier nemlich der Käufer bis zu einem bestimmten Termine nicht gezahlt, so ist kein Erfüllungszwang mehr vorhanden. Die suspensive lex commissoria wird daher den Vertrag zu einem Vorvertrag, gerichtet auf do ut des, do ut facias u. dergl. herabdrücken. Die resolutive lex commissoria dagegen wird eine exceptio deshalb vernothwendigen, weil sie im Interesse des Verkäufers gegeben ist und darum nicht sine facto hominis d. h. nicht ohne seine Anfechtungs-Erklärung wirksam wird. Und dasselbe gilt vom Fixgeschäft, da der Gegner auch auf Erfüllung bestehen kann.

Von einer exceptio n. a. c. peremtoria läßt sich weiter gar nicht sprechen, wo der Grund der Endigung, der Resolution ein casus ist. Hier weigert der Beklagte die Leistung oder erklärt seinen Rücktritt oder fordert Aufhebung des Vertrages nicht deswegen, weil der Kläger nicht erfüllt hat, sondern deswegen, weil ein casus die Leistung vereitelt hat. Würde der Beklagte auch aus Unkenntnis Nichterfüllung geltend machen, so würde sich diese angebliche Einrede in eine solche wegen Unfalls (casus, periculum, vis maior) verwandeln. Es scheiden mithin die peremtorischen Wirkungen der Nichterfüllung aus und werden nur da in Betracht gezogen werden, wo dies der Zusammenhang rechtfertigt.

Will man nicht jeden Einwand und jeden Gegenanspruch des Beklagten aus gegenseitigen Verträgen als exceptio non adimpleti contractus ansehen und damit ein völlig ungeklärtes Conglomerat von Entgegnungen des Beklagten unter einem Namen zusammenfassen, so kann man unter dieser Einrede nicht verstehen:

1. das Leugnen des Vertrages (wie dies vielfach indirect geschieht),
2. das Geltendmachen eines Befreiungsgrundes,
3. die Gegenklage auf Aufhebung des Vertrages,
4. die Anführung eines im Vertrage liegenden Endigungsgrundes,
5. die Gegenklage auf das Interesse unter Compensations-Begehren,

sondern nur die unter Anerkennung des Vertrages selbst und seines Fortbestehens erfolgende Weigerung des Beklagten, zu leisten, weil der Kläger noch nicht geleistet habe. Die Einrede ist dilatorisch gedacht und rechtfertigt den Verzug des Beklagten.

Nach einer Meinung ist diese Antwort des Beklagten exceptio im Römischen Sinn; sie muß wie eine Klage selbständig geltend gemacht werden (reus in exceptione actor est). Sie hätte daher nach R. R. allerdings im Endresultate wie jede dilatorische Einrede peremtorisch wirken müssen, weil der Kläger, der einer exceptio dilatoria ex tempore unterliegt, rem perdit: So wirkt z. B. nach Gajus IV, 122—123, die mit unserer Einrede am meisten verwandte exceptio pacti conventi, ne intra quinquennium peteretur peremtorisch. Und wir könnten unsere

Einrede geradezu als exceptio, ne ante impletum contractum peteretur bezeichnen.

Nach der anderen Meinung fehlt es, so lange der Kläger nicht erfüllt hat, an einem Bestandtheil des Klaggrundes.

Die Vertreter der ersten Meinung zählen die Einrede meistens in die Klasse der rechtsverfolgenden Einreden und nähern dieselbe dadurch der Römischen exceptio.[1])

Die zweite Meinung hat die Frage unentschieden gelassen, ob die Nichterfüllung des Vertrages die obligatio des Gegners oder die actio gegen ihn beeinflußt.

Daß das Letztere der Fall, geht aus den Worten des fr. 13 § 8 Dig. a. e. v. 19, 1 hervor, welche wir als Überschrift gewählt haben.

Welcher Art dieser Einfluß der Nichterfüllung sei, ist nunmehr zu untersuchen.

§ 2. Abgrenzung.

Wir beschränken unsere Untersuchung auf Austausch-Geschäfte.

In Wegfall kommt demnach das Mandat. Eine exceptio non adimpleti contractus kann es bei demselben nicht geben. Der Anspruch wegen Auslagen ist die actio contraria, die in ihrem Zusammenhang mit der Retention unten betrachtet werden wird. Die actio contraria aber entsteht nicht unmittelbar aus dem Vertrage, sondern eben aus den Auslagen selbst. Wenn der Mandatar sich deshalb weigert, den Auftrag auszuführen, weil ihm die Kosten nicht vorgeschossen worden sind, so ist dies keine exceptio non adimpleti contractus; denn der Mandant hat sich nicht verpflichtet, die Auslagen vorzuschießen, sondern die Erstattung der Auslagen kann nur als Bedingung der Erfüllungspflicht des Mandatars in Betracht kommen. Vielfach werden sich solche Mandate in die Form der Innominat-Contracte kleiden. Da der Mandant freies Widerrufs-Recht hat, so kann er natürlich auch widerrufen durch Verweigerung des Kosten-Vorschusses.

---

[1]) Thon, die rechtsverfolgende Einrede in Jherings Jahrb. 28. B. N. F. 16 B. — Schwalbach, Verhältnis der Einreden zur Klagverjährung daselbst. 19. Band S. 67. — Wildhagen, Verjährung u. Einrede daselbst 21. B. S. 21, N. A. 1. — Langfeld, die Lehre vom Retentionsrecht. S. 150 ff. — Wach, Vorträge. S. 105 ff.

Abgesehen wird ferner von der societas. Die societas wird zwar in den Quellen einmal als *συνάλλαγμα* bezeichnet. Mit Recht aber hat Kuntze („der Gesammt-Akt" in der Festgabe der Leipziger Fakultät für Dr. Otto Müller zum 14. Mai 1892 S. 33) darauf hingewiesen, daß sie sich von den anderen synallagmatisch Verträgen als ein synergischer Vertrag unterscheide. Der Gesellschafts-Vertrag — das können auch die Vertreter des *συνάλλαγμα* nicht bestreiten — ist gerichtet auf gemeinsame Thätigkeit zu einem gemeinsamen Zweck, möge die Leistung nun in Arbeit oder in Einlagen bestehen. Daraus ergiebt sich die Undenkbarkeit einer dilatorischen exceptio non adimpleti contractus. Denn die Unterlassung der Leistung wäre hier Vereitelung des Zwecks der Gesellschaft. Vor Allem aber wendet sich der in dieser exceptio liegende Angriff gegen den eigenen Leib. Denn die Leistung des socius erfolgt ja nicht ausschließlich zu Gunsten des andern socius, sondern ebensowohl zu eigenen Gunsten. Soweit aber ein socius eine Leistung unterläßt, weil dies angesichts der Unterlassung des anderen geboten erscheint, wahrt er ja das Sozietäts-Interesse.

Würde man aber von der wahren Natur der societas absehen und die einzelnen Leistungen des socius als Äquivalent für die Leistung des andern oder der anderen als Correal-Gläubiger und Schuldner betrachten, würde man nicht die eigentliche Gegenleistung in dem Hinwirken auf den gemeinsamen Erfolg erblicken, so würde dieser Austausch je nach dem auf ein Consensual-Verhältnis, gerichtet auf do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias hinauslaufen; und es würde sich darnach die Frage nach der Einwirkung der Nichterfüllung auf die Pflicht zur Gegenleistung nur nach den verschiedenen Arten der Austausch-Geschäfte beantworten. Die societas bedürfte daher keiner besonderen Betrachtung.

Aber selbst bei wahren Austausch-Geschäften, mögen sie re oder consensu zustande kommen, schränkt sich das Gebiet unserer Einrede von selbst sehr wesentlich ein:

1. eine exceptio non adimpleti contractus in dem Sinne, daß der Beklagte sein Recht auf Leistung Zug um Zug geltend macht, ist nicht möglich, wo ein späteres Leisten des Klägers der Nichtleistung gleichzustellen ist. Es wäre hier das Leugnen der

Erfüllung Geltendmachen eines Befreiungsgrundes oder eines Grundes, das Interesse ersetzt zu erhalten. Im ersteren Falle würde Nichts retinirt, im zweiten Fall nicht retinirt, sondern compensirt werden.

2. eine exceptio non adimpleti contractus ist ferner da nicht möglich, wo die Weigerung des Beklagten, zu leisten, Nichtleisten oder wenigstens theilweises Nichtleisten ist. Dies ist bei solchen miethartigen Verträgen der Fall, bei welchen die Leistung des Beklagten eine zeitlich verlaufende sein muß, sodaß ein Nichtleisten zur Zeit nicht mehr nachholbar ist. Zwar ist es ja richtig, daß für den Beklagten aus Kauf die Retention auch ein zeitweiliges und darum ein theilweises Nichtleisten ist. Immerhin geht für den Kläger der Nutzen des Objects während der Retention verloren. Allein Object des Kaufes ist die Sache selbst und erst durch diese der Nutzen.

3. Wir gelangen damit zu einigen wichtigen Punkten, die bisher nicht genügend beachtet sind.

a) Besteht die eingeklagte Leistung in einem zeitlich verlaufenden Verhalten des Schuldners, so ist seine Weigerung, zu leisten, Nichtleistung. Die Retention mindert daher die Leistung selbst, nicht den Vortheil aus dem Geleisteten. Es könnte daher nicht von Retention im eigentlichen Sinne, von einem berechtigten Verzuge, sondern nur von einem Abzuge gesprochen werden. Vergleichen wir nemlich die Retention des Verkäufers mit der Weigerung des Vermiethers, den Miether einziehen zu lassen, so würde diese letztere Retention zu den widersinnigsten Consequenzen führen. Der Verkäufer retinirt, ohne die Sache in ihrer Substanz anzutasten. Dabei geht dem Käufer der Nutzen verloren; aber in demselben Maaße dem Verkäufer der Nutzen des pretium. Insofern man nun Zinsen und den Nutzen gleichfalls ausgetauscht denkt, würde dieser Austausch allerdings untergehen. Wenden wir dies auf die Miethe an, die ja auch Austausch von Nutzen gegen Zins bezweckt, so wäre wohl auch hier eine Retention denkbar. Aber diese Retention dürfte analog angewendet nicht dahin führen, daß der retinirende Vermiether trotzdem den ganzen Miethzins erhält, sondern mit jedem Tage, an welchem derselbe retinirt, ginge ihm auch ein Theil des Miethzinses unter. Und dasselbe gilt auch

von der *locatio conductio operarum*. Retinirt der Vermiether also die ganze Zeit, so erhält er am Schlusse Nichts.

Ganz abgesehen aber von der Frage, ob und wann sich die Leistung des Vermiethers überhaupt zeitlich so theilen läßt, ob nicht auch theilweises Nichtleisten dem totalen Nichtleisten meist gleichzustellen ist, widerspricht diese Möglichkeit dem gesunden Sinn des Vertrages. Und jedenfalls ist der Vertrag in diesem Falle kein Consensual-Vertrag. Der Consens würde die Parteien in Wahrheit nicht binden, sondern erst die erfolgte Vorleistung des Vermiethers. Wäre aber die Miethe als Real-Contract gedacht, so könnte von einer Einrede wegen Nichterfüllung des Vertrages noch weniger die Rede sein. Denn dann könnte die Erfüllungsklage ganz allein durch die Vorleistung begründet werden.

b) Ebenso wenig kann von einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen eine Klage aus einer *obligatio* auf Unterlassen die Rede sein; es sei denn, daß es sich um einen Vertrag auf Leistung einer *servitus in non faciendo* handelt. Im letzteren Falle könnte die *servitus* allerdings retinirt werden; es könnte die Übergabe, die *in iure cessio*, die Eintragungs-Bewilligung verweigert werden. Aber ebenso wie der Verkäufer, welcher retinirt, die *salva rei substantia* durch *custodia* zu bewahren hat, so würde es auch hier eine Verletzung des *obligatio dandi* sein, wenn der Verkäufer den Unterlassungszwang durchbräche. So wie der Verkäufer die retinirte Sache schützen muß, so auch hier das Interesse des Käufers resp. Erwerbers.

Aber auch bei der einfachen *obligatio in non faciendo* ginge die Verweigerung, zu unterlassen, weil der Gläubiger seinerseits noch nicht erfüllt habe, gegen die verständigen Vertrags-Absichten. Dieser Vertrag läßt sich verschieden denken: α) es kann ein Consensual-Contrakt vorliegen, d. h. die Gebundenheit besteht auf beiden Seiten mit dem Consens. In diesem Falle trifft das Obige zu;

β) es kann aber auch ein unbenannter Real-Contrakt gemeint sein: *do (facio) ut non facias* oder *non facio, ut des (facias)*.

Es ist ersichtlich, daß in beiden Fällen eine *exceptio* keinen Sinn hat. Denn in beiden Fällen kann die im Gegensatze zu einer etwa zulässigen *condictio* noch offenstehende Klage auf Gegenleistung nur mit Vorleistung begründet werden. Entweder muß der Unterlassungs-Pflichtige seine Klage auf das Äquivalent damit fundiren,

daß er die betreffende Zeit hindurch unterlassen hat, oder der Leistungs-Pflichtige muß seine Klage damit fundiren, daß die Unterlassungs-Pflicht des Beklagten mit seiner Vorleistung begonnen habe.

c) Ebenso wenig ist die Einrede zulässig gegen eine Klage auf ein einmaliges facere. Soll der Schuldner etwas thun, wenn ihm der Gläubiger etwas gegeben hat, so liegt darin eine bedingte Obligation. Der die Handlung klagweise Verlangende muß die Erfüllung der Bedingung nachweisen. Denn es verschlägt doch gar nichts, ob der Beklagte seinerseits auch den Kläger zu der bedingenden Leistung verpflichtet hat oder nicht. Dadurch, daß der Inhalt einer Bedingung gleichzeitig Inhalt einer Obligation ist, hört die Bedingung nicht auf, eine solche zu sein.

d) Nicht denkbar ist ferner die exceptio gegen eine Vertragsklage auf Räumung einer Wohnung u. dergl. Denn die scheinbare Retention wäre hier Beanspruchen einer neuen Nutzung.

e) Zweifelhafter sind die verschiedenen anderen Klagen aus dem Mieth-Vertrag. Zuerst die Klage auf Herausgabe der Invecten und Illaten. Hier weigert in der That der Beklagte Herausgabe, also eine Vertragsleistung, wegen Nichterfüllung des Vertrages. Allein die Klage auf Herausgabe ist nach R. R. nicht die Vertragsklage, sondern das Interdictum de migrando. Der Grund ist nicht blos ein historischer, sondern ein sachlicher. Denn die Klage auf Herausgabe ist nichts weiter als ein Besitzstreit. Bei diesem Rechtsmittel war Beendigung aller Vertrags-Pflichten Klagfundament: fr. 1 pr. Dig. de migr. 43, 32: sive ex his rebus esset ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est.

f) Ähnlich verhält es sich auch mit der Einrede gegen die Klage des locator operis auf Ablieferung des *τέλεσμα*. Über diesen Fall geben die Quellen uns keinen Aufschluß, und wir sind deshalb genöthigt, das Verhältnis ausschließlich aus der Rechtslage selbst zu erklären. Auch dafür haben wir keinen Beleg, daß dem conductor operis eine Retention zugestanden hat. Aber es erfordert die Vollständigkeit, die Natur dieser Retention, wenn eine solche zugelassen wurde, zu erklären.

Dabei ergiebt sich nun, daß die Retention des conductor operis eine Störung des Besitzes des locator ist, die erst aus dem materiellen Vertrags-Verhältnis gerechtfertigt werden kann. Denn der conductor operis wird auch durch die

Übergabe des Materials **nicht Besitzer**, weder der zu bearbeitenden oder zu verarbeitenden Sache noch etwa des Grundstückes, das er zu bebauen hat,

fr. 20 Dig. loc. 18,1: nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret.

f. 39. D. 19,2. Non solet locatio dominium mutare, noch auch des τέλεσμα, weil dasselbe in dem zu bearbeitenden Gegenstande aufgeht. Der retinirende conductor operis muß also erst perkludiren; er muß sich aus einem naturalis possesor zu einem civilis possessor machen.

Der locator operis könnte nun dem retinirenden conductor zwei Klagen entgegenstellen:

1. Das Interdictum retinendae possess.
2. Die Vertragsklage.

Im ersteren Falle wird der conductor als excipiens oder wie ein excipiens als actor auftreten, weil das Interdictum ein duplex ist. Aber auch im zweiten Falle wird sich die Vertragsklage zu einem Besitzstreit zuspitzen. Der locator operis macht sein Besitzrecht an dem opus geltend; der conductor operis aber, welcher nicht Besitzer geworden ist, müßte ein interdictum adipiscendae possessionis geltend machen, weil in seiner Retention oder Perklusion eine **mutatio causae** liegt, eine selbständige Verwandlung der naturalis possessio in eine civilis possessio (ex causa pignoris). Würde er sich aber gar nicht als civilis possessor behaupten wollen, so würde er schon dem Interdictum exhibitorium unterliegen: fr. 15 Dig. 10,4 verbunden mit fr. 5 ibld.

Ob indessen dem conductor operis ein Retentions-Recht überhaupt gewährt wurde, darüber giebt es in den Quellen keinen sicheren Anhaltspunkt.

g) In den Fällen e. und f. begeht also der Retinent eine mutatio causae possessionis, wenn er sich überhaupt im Besitz behaupten will. Diese mutatio causae sibi ipsi müßte er durch materielle Gründe rechtfertigen, und die Bestätigung dieser Besitzergreifung durch den Richter wäre possessorisch ein Interdictum adipiscendae possessionis, materiell Urtheil über eine actio Serviana. Der Rechtsgrund, die causa pignoris, ist allerdings schon ursprünglich vorhanden. Denn jedenfalls war das die Verpfändung des Eingebrachten begründende pactum, solange es überhaupt ausdrück-

lich abzuschließen war, ein pactum in continenti factum, welches format ipsam actionem. — Während demnach die materielle causa possessionis begründet ist, wird die zur naturalis possessio im Gegensatz stehende causa possessionis civilis erst durch die Perklusion begründet. Und diese mutatio causae wird der sog. Retinent verfechten müssen, wenn der locator operis oder conductor rei die Herausgabe verlangt.

h) Es sind mithin diese Retentionen keine Zurückhaltungen, sondern der sog. Retinent exequirt hier, wie durch pignoris capio ein Interdictum adipiscendae possessionis[1]). Anders ist dies Verhältnis bei der Retention des Verpächters an dem fructus fundi. Es ist bezeichnend, daß man vergeblich nach einer Stelle sucht, in welcher ein Interdictum Salvianum bezüglich derjenigen Gegenstände anerkannt wird, bezüglich deren das Pfandrecht am meisten begründet erscheint, bezüglich der Früchte. Da nun das Fehlen dieses Interdikts nicht rein zufällig sein kann, und einem solch wichtigen Pfandrecht nicht der possessorische Schutz gebrechen konnte[2]), so ist anzunehmen, daß es sich bei den fructus fundi nicht um ein adipisci possessionem, sondern um ein recuperare resp. retinere handelte. Dieses quasi pignus hat in der That mehr Verwandtschaft mit dem quasi pignus des venditor an der res emta, als mit dem des locator rei an den Invecten und Illaten.

Die Perzeption des Pächters an den Früchten ist nicht genau dieselbe wie die des Nießbrauchers. Denn es ist ein percipere domini voluntate: f. 61 § 8 Dig. furt. 47,2., kein percipere schlechthin, wie es der besitzende Nießbraucher vornimmt (f. 13 quib. mod. ususf. 7,4). Die Überlassung der Früchte von Seiten des Verpächters wird dem tradere gleichgestellt. Deshalb ist die Perklusion des Verpächters kein Besitzerwerb desselben an den

---

[1]) Ich glaube nicht, daß diese Schlußfolgerung aus feststehenden Rechtssätzen zu kühn ist. Denn wenn sie auch nicht direct quellenmäßig bezeugt ist, so ergibt sie sich doch aus der Analogie zu dem Interdictum Salvianum, das adeptorisch, nicht prohibitorisch ist. Und gewiß hat doch das Interdictum Salvianum dasselbe Ziel, wie es die Retention des Vermiethers erreicht.

[2]) Ich halte es für nicht denkbar, daß, während der Verpächter bez. der Invecten und Illaten possessorisch geschützt war, er dies bezüglich der Früchte, die ihm sogar zu Eigenthum verblieben, nicht war.

Früchten, sondern Retention des Besitzes oder Prohibition eines originären Besitz-Erwerbes.

Nach dem klassischen Römischen Recht waren die Illaten des colonus dem Verpächter nicht etwa schweigend verpfändet: f. 4 pr. D. in quib. caus. 20,2: Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; in rusticis praediis contra observatur. Dieses schweigende Pfand bildete sich jedoch allmählich aus. Denn Pomponius sagt bereits im Gegensatz zu Neratius fr. 7 § 1 h. t.: Videndum ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint. Quod magis est. Er sieht also schon in der Verbringung der Sachen, ut ibi sint, eine stillschweigende (hypothekenartige) Verpfändung. Unbedingt wird dagegen das stillschweigende Pfand des Verpächters bez. der Früchte anerkannt. f. 7 pr. D. h. t.: In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.

Zur Geltendmachung dieses Pfandrechtes wird aber, wie bemerkt, von einem interdictum ad. poss.[1]) nicht gesprochen. Und es erklärt sich dies aus dem oben Angeführten. Der Verpächter wahrt einen bestehenden Besitz an den Früchten resp. rekuperirt denselben.

Perkludirte nämlich der Verpächter, so war die Perzeption des Pächters vi, clam vorgenommen und daher fehlerhaft. Ja, es wird dies in einigen Stellen noch zu weiteren Consequenzen entwickelt. Da der Pächter nur durch voluntate domini percipere fehlerlos Besitz erwirbt, so wird auch sein Eigenthums-Erwerb an den Früchten verhindert. Der Verpächter bleibt, was er ursprünglich war: Eigenthümer am Grundstück und somit Eigenthümer an den nur separirten, aber vom Pächter nicht, resp. nicht fehlerfrei perzipirten (nicht tradirten) Früchten:

fr. 6 D. de donat 39,5: Sed et si is qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi iure eximere, si antequam eximat, me poenituerit, meus lapis durat (fr. 16 Dig. praescr. verb. 19,5).

---

[1]) Das Interdictum Salvianum war nicht prohibitorisch, wie Gajus IV, 147 ausdrücklich sagt, wogegen die Ausführung Lenels Ed. perp. § 266 nicht aufzukommen vermag.

Es wird hier geradezu von mercede conducere gesprochen, sodaß es uns nicht offensteht, die Pacht zu verneinen. Überdies steht nicht fest, daß in obiger Stelle nur an einen Steinblock, nicht an einen lapis, qui ibi „renascitur". (fr. 7 § 13 Dig. sol. matr. 24,3) gedacht ist.

Aber auch angenommen, die Stelle beziehe sich nur auf den einzelnen Fall, daß Jemand einem Andern gestattet, Gestein aus seinem Grundstück abzuholen, so würde dies an der Gleichheit der Rechtslage Nichts ändern. Denn das in possessione esse des Pächters ermöglicht es ihm höchstens, der Perklusion des Verpächters zuvorzukommen. Wenn aber kein creditum des Verpächters vorliegt, so kann der Pächter die Früchte u. dergl. auch nicht ohne clandestinitas wegnehmen; denn er hat doch zweifellos zu erwarten: adversarium sibi controversiam facturum esse. Und dies ist nicht dasselbe, wie wenn der Vermiether erst Besitz an Dingen ergreift, welcher der Miether bis dahin besessen hat.

Einen noch schlagenderen Beleg aber giebt fr. 61 § 8 D. de furtis 47,2: Locavi tibi fundum, et, ut adsolet, convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent: si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat. Und weiterhin l. cit.: etenim fructus, quamdiu solo cohaerent, fundi esse. Die Trennung, auch wenn sie durch den Colonen vorgenommen wird, ist erst Separation, nicht schon Perzeption.

Demnach stellt sich dieses Retentionsrecht auf eine Stufe mit dem des Verkäufers an der res vendita. Man könnte dementsprechend sagen: Nondum est ex conducto actio.

i) Undurchführbar ist die exceptio non adimpleti contractus gegen Miethklagen auf Zahlung der merces. Reales Austauschen läge hier nur vor, wenn der Miether für jeden Augenblick des Genusses eine Quote bezahlte. Es ist lediglich Arbeitsersparnis, wenn ein solches Verhältnis nicht durchgeführt wird. Vor Allem aber ist die Leistung des Vermiethers keine schlechthin theilbare, sodaß dieser erst mit Ablauf der Miethzeit vollständig geleistet haben kann, und der Ablauf der Miethzeit sich deshalb, wenn nicht Pränumeration bedungen ist, als eine nothwendige Befristung der Miethpreis-Schuld darstellt. Leistung Zug um Zug erfolgt in Wahrheit durch Zahlung postnumerando.

Ebenso ist es auch bei der locatio conductio operarum.

k) Bei der locatio conductio operis ist u. E. zu unterscheiden zwischen locatio conductio per aversionem und ad mensuram. Aber selbst bei einer locatio conductio, bei welcher der Preis nicht in Bausch und Bogen bestimmt ist, ist keineswegs anzunehmen, daß der locator operis bis zur Ablieferung des Werks gar keine Leistung zu machen hat. Denn Gegenstand der Werkverdingung ist das τέλεσμα, nicht Lieferung des etwa zur Herstellung der Arbeit an der gelieferten Sache vom conductor anzuschaffenden Materials; das Material, mit welchem, und der Gegenstand oder das Grundstück, an welchem die Be- oder Verarbeitung, die Herstellung des Werkes geschehen soll, rührt von dem locator, nicht von dem conductor her, sodaß die Beschaffung des Materials durch den conductor operis als eine Nebenleistung erscheint. Dadurch eben tritt dieses Geschäft in solch wesentlichen Gegensatz zu dem Lieferungs-Kauf. Daraus erklärt sich der wesentliche Unterschied in der Gefahrtragung. Daraus ergeben sich auch Unterschiede in der Fälligkeit der Gegenleistung.

Die merces ist Gegenleistung für das τέλεσμα; sie ist daher erst fällig mit der Vollendung (resp. Adprobation). Aber in die sog. merces sind sehr häufig Auslagen hineingebunden, welche der conductor operis zwar zu machen hat, die aber Preise für Waaren sind, welche er selbst nicht als conductor liefern muß. Nur insofern ein solches Beschaffen selbst opus (oder opera) ist, ist der Unternehmer conductor operis. Und es kann auch aus der Natur der locatio conductio operis nicht geschlossen werden, die Auslagen seien bis zur Ablieferung des Werkes zu kreditiren. Leider geben die Quellen dafür keine directen Belege. Wann und wie der locator operis derartige Erstattungen und ev. sogar Vorschüsse zu machen hat, bestimmt sich lediglich aus bona fides. Daß aber der conductor operis alles auf seine Kosten vorzunehmen habe, muß durchaus besonders ausgemacht sein: f. 22 § 2 Dig. loc. 19,2: Quum insulam aedificandam loco, ut sua impeusa omnia faciat, proprietatem ad me transfert et tamen locatio est, locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

Indessen ist dieses Argument nicht ganz untrüglich, weil hier auch eine locatio conductio operarum (operae) vorliegen kann. Allein dieser Gegensatz kommt hier nicht sehr wesentlich in Frage, weil in beiden Fällen, l. c. operis und operarum, der Unternehmer bezüglich des anzu-

schaffenden Materials nur die Stellung des Einkaufs-Commissionärs einnimmt. Denn sonst würde die locatio conductio operis emtio rei futurae sein.

4) Scharf zu scheiden ist die exceptio redhibitoria von unserer Einrede; wir werden sie in § 6 besprechen.

5) Betrachten wir demnach das Anwendungs-Gebiet der angeblichen Einrede, so schränkt sich dasselbe wesentlich ein.

A) Dieselbe ist nicht zulässig, wo die Retention dem Nichtleisten gleichsteht.

B) Sie ist nur denkbar bei Klagen,

a) welche zum Gegenstande eine des Besitzes fähige Sache haben,

b) welche der Beklagte civiliter besitzt.

Besitzt der Beklagte die von ihm geforderte Sache nicht, so macht er den Thatbestand eines Interdictum adipiscendae possessionis geltend.[1])

Erst in dieser Einschränkung wird es möglich, eine einheitliche Beantwortung der Frage zu geben, mit welcher Art Defension wir es zu thun haben. Eigenthümlicher Art ist diese Einrede jedenfalls. Denn darüber sind sich die Meisten einig, daß die Beweislast den Kläger selbst dann trifft, wenn die Nichterfüllung Gegenstand einer exceptio ist. Rationeller freilich wäre diese Einrede dann, wenn den Beklagten die Beweislast träfe. Und diese Meinung wird auch von Bekker (Aktionen I. Beilage L. S. 375) vertreten: „Zu beweisen hat Beklagter das Dasein seines Anspruchs und das zu Gunsten desselben bestehende Retentions-Verhältnis." Allein die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist doch erst dann denkbar, wenn der Inhalt des Vertrages feststeht. Sonst kann der Beklagte nur den Vertrag bestreiten, nicht aber Nichterfüllung von Seiten des Klägers behaupten. Und woraus soll das Retentions-Verhältnis sich anders ergeben, als aus den bereits vorgetragenen

---

[1]) Auf den adeptorischen Charakter der oben sub e—g bezeichneten Retentionen kann nicht genug Gewicht gelegt werden. Erkennt man, daß der Retinent ein Interd. adip. poss. durch Selbsthilfe exequirt, so steht dieselbe der pignoris capio gleich. Dadurch gewinnt sie den Charakter eines (selbst exequirten) Arrestes. Und wenn sich auch heute de lege lata die Behandlung dieser Retentionen als Arreste nicht durchführen zu lassen scheint, so ist sie doch de lege ferenda anzustreben. Denn es wäre Sozialpolitik im besten Sinne, wenn dem perkludirten Miether der § 806 C.P.O. zugute käme. Denn Klageerheben kostet Geld und Kosten-Vorschüsse

Thatsachen selbst? Diesen Ansichten scheint daher eine Verwechselung zu Grunde zu liegen: Leugnen des Vertrages resp. Gegenbeweis gegen den Kläger ist keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

§ 3. Die Literatur.

Die Streitfrage, ob die Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages Gegenstand einer Einrede sei oder umgekehrt die Erfüllung Klagfundament, ist Inhalt einer umfangreichen Literatur. Über diese giebt für dieses Jahrhundert: Andree, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht, Leipzig 1890, in § 2 eine solch gründliche Zusammenstellung, daß wir hier lediglich einen Abdruck derselben zu geben vermöchten. Desgleichen ist die Praxis daselbst ausführlich zusammengestellt.

Was eigentlich die Theorie zur Aufstellung dieser exceptio geführt hat, sind die zahlreichen Stellen, nach welchen in der That wegen Nichtleisten vom Beklagten eine exceptio erhoben wird: exceptio doli, mercis non traditae, prohibitionis, redhibitionis, evictionis imminentis u. dergl. Selbst Keller[1]) schien zu scheitern, als er diese exceptiones auf besondere Gründe zurückzuführen suchte.

Immer aber blieben doch die Quellenstellen für den Streitstand entscheidend. Heerwarts[2]) Übergewicht über Schenk[3]) ergab sich erst, als er Gajus IV, 126a ins Treffen führte.

Es blieb jedoch stets die Schwierigkeit, das nondum est ex emto actio mit den Exzeptionen ins Einvernehmen zu bringen. Man versuchte, die Bedeutung dieses Satzes dadurch abzuschwächen, daß man anführte, dies sei eben im Hinblick auf die drohende exceptio gesagt — eine schwache Entgegnung.

Keller[4]) und Tiktin[5]) zuerst suchten die oben genannten exceptiones in ihrer Beweiskraft abzuschwächen. Bei den meisten mit Glück. Wo dies nicht gelang, da suchte Keller die Bezeichnung exceptio dadurch zu beseitigen, daß die exceptio doli ja doch den bonae fidei judiciis innewohnte und die Römer auch da von

---

[1]) Bekker u. Muther, Jahrbücher des gem. Rechts. Band IV Nr. 11. Noch etwas über die exceptio non impleti und non rite impleti contractus.

[2]) Archiv f. civ. Praxis. B. VII, 335—363. XIV, 206—235. XVIII, 387—418.

[3]) daselbst XVII, 93—123. XX, 427—474.

[4]) a. a. O.

[5]) G. Tiktin, de natura bilateratium obligationum. — Diss. inaug. Berolin § 6.

exceptiones sprächen, wo es sich um klagbegründende Thatsachen handle, deren Fehlen einer dem bonae fidei judicium innewohnenden exceptio gleichzustellen sei. Allein neuere Untersuchungen[1]) haben ergeben, daß die exceptiones nicht dadurch aufhören, solche zu sein, daß sie dem judicium innewohnen. Das fragliche Axiom exceptio doli bonae fidei judiciis inest ist entweder dahin auszulegen, daß der judex die Inquisitions-Maxime einhält oder, was wahrscheinlicher, daß die exceptio doli und pacti Wirksamkeit hat, obwohl sie nicht der Formel inserirt ist. Damit fällt die Kellersche Erklärung.

In vielen Punkten hatte jedoch Keller mit sehr glücklichem Instinkte interpretirt. Er hatte Gajus IV, 126 a, ein Hauptbollwerk der Vertreter der exceptio non adimpleti contractus, durch Literal-Contract und Novation erklärt. Bernhöft[2]) hatte im Jahre 1874 diese Annahme als wenig wahrscheinlich verworfen. Da werden am 3. und 5. Juli des folgenden Jahres zu Pompeji Wachstafeln gefunden und unter demselben eine apocha mit folgendem Inhalte (Bruns, Fontes 5. Auflage): HS. n ∞ C ∞ LXXXV, quae pecunia in stipulatu venit L. Caecili Incundi ob auctionem buxiaria(m) L. Juli Onesimi et cet.[3]) Es stand demnach fest, daß bei Auktionen eine stipulatio pretii vorgenommen wurde. Ob auch eine Skriptur-Obligation konkurrirte, kann dahingestellt bleiben; desgleichen, ob eine Novation vorliegt.

Ganz auf Kellers Seite stellte sich Schlesinger.[4]) Er ergänzte Kellers Quellen-Interpretation, indem er die c. 5 Cod. de evict. VIII, 45 auf Eviction zurückführte. Weshalb freilich die evictio imminens durch exceptio doli geltend zu machen sei, ist dadurch nicht ausreichend erklärt. Darauf wird § 6 einzugehen sein.

Schlesinger dehnte indeß das non recte agere auch auf die Klage gegen den locator operarum auf Zahlung der merces aus. Allein bei der loçatio conductio ist von einem Synallagma im

---

[1]) Birkmeyer, die Exzeptionen im bonae fidei judicium 1874 § 23—28. — Lenel, Ursprung und Wirkung der Exzeptionen § 8, 10. — Wach, in Kellers Röm. Civil-Prozeß Anm. 373.

[2]) Jahrbücher für Dogmatik, Band XIV S. 190 ff.

[3]) vergl. Karlowa, Grünhuts Zeitschrift B. IV (1877) S. 497 ff.

[4]) Schlesinger, Über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes (1869).

Vollzuge in diesem Sinne überhaupt nicht die Rede. Die merces ist, so lange die gemiethete Arbeit nicht gethan ist, überhaupt nicht fällig. Von einer Retention kann schlechthin noch keine Rede sein. Wenn überhaupt Leistung und Gegenleistung mit einander in Beziehung stehen, so handelt es sich um das genetische Synallagma; die merces kann deshalb nicht fällig sein, weil noch kein Objekt vorhanden ist. Bechmann, Kauf I S. 606 sagt: „Die Miethe ist für jeden künftigen Augenblick imperfecta". Ob dies vom Standpunkte des Römischen Rechts in der That der Fall war, mag dahin gestellt bleiben. Wo aber wie bei der emtio venditio nicht der contractus, das negotium, sondern nur die emtio selbst imperfecta ist, sei es wegen einer Suspensiv-Bedingung oder wegen generischer Bestimmung des Objekts oder weil die res noch nicht entstanden ist, da ist der Austausch selbst in die Zukunft gestellt. Und dies muß der Fall sein bei einer erst in der Zukunft liegenden Leistung. In beiden Fällen ist die „emtio", das Nehmen des Erwerbsgegenstandes, imperfect. Die locatio conductio operarum ist kongruent mit der emtio rei speratae, nicht mit der emtio spei; und zwar ist sie mit der emtio ad mensuram zu vergleichen. Es kann deshalb gegen die Klage auf einen zukünftigen Lohn von einer exceptio non adimpleti contractus schon deswegen keine Rede sein, weil der Vertrag noch garnicht erfüllt werden kann; der Beklagte ist nicht deswegen frei, weil der Kläger nicht erfüllt hat. Es versteht sich von selbst, daß ein Vertrag auf Austausch mit einem erst zukünftigen Werthe nicht eine Klage auf die Gegenleistung erzeugen kann, so lange dieser Werth noch garnicht zur Existenz kommen konnte. Das liegt nicht im Vertrage, sondern schon im Gegenstande desselben.

Die exceptio non impleti contractus scheint jedoch ihre Geltung behaupten zu wollen. Sie wird neuerdings verfochten in der oben citierten Schrift Andrées.

Andrée[1]) scheint es so anzusehen, als ob es gelte, sich vom

---

[1]) Dem Urtheil, welches in Grünhuts Zeitschrift Band 19 S. 246 ff. über diese Arbeit gefällt wird, kann ich mich nur bezüglich des Fleißes des Verfassers und der Form der Darstellung, nicht aber bezüglich des Resultates anschließen. Ganz speziell die praktische Brauchbarkeit der exceptio n. i. c. wird von Andrée m. E. überschätzt.

Römischen Recht zu emanzipiren. Aber dazu ist es doch erforderlich, zu wissen, was denn Inhalt des R. Rs. in dieser Lehre gewesen sei.

Nachdem er in der herkömmlichen, ziemlich leichten Weise die Quellen geprüft und zu dem Resultate gelangt ist, daß diese weder ein Ja noch ein Nein ergäben, erklärt er, daß ihm unter Würdigung aller Momente die Auffassung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages als wahrer Einrede das Richtigste erscheine. Die Lücke, welche hier bestehe, da die Frage für die Römischen Juristen keine so brennende gewesen, könne nicht durch das, was dem R. R. entspreche, sondern durch das, was unserm Recht entspreche, ausgefüllt werden.

Es wird sich uns aber die historische Gewißheit ergeben, daß es im R. R. keine allgemeine exceptio non adimpleti contractus gegeben hat. Die Emanzipation von R. R. würde also gerade darin bestehen, daß wir eine neue exceptio erhalten, während doch die heutige Strömung dahin geht, die exceptiones mehr oder weniger zu beseitigen.

Was aber die Zweckmäßigkeit der exceptio betrifft, so sei nur auf Folgendes hingewiesen:

1. Der Entwurf hat die Gegenleistung in eine noch innigere Wechselbeziehung gebracht, indem er den Satz aufgestellt hat, daß die Minderung der einen Leistung bei casus auch Minderung der Gegenleistung zur Folge hat; und es läßt sich dann nicht begreifen, inwiefern Gegenleistung und Leistung in solcher Unabhängigkeit von einander stehen sollen, daß sie erst wieder durch eine exceptio verbunden werden müssen. [1])

2. Der Beklagte wird zur Rüge eines Mangels gezwungen, die der Richter aus dem Vortrag des Klägers selbst entnehmen kann. Denn wenn der Kläger aus einem Vertrage auf Leistung Zug um Zug klagt und der Kläger erklärt, den Vertrag selbst nicht erfüllt zu haben, ja ihn garnicht erfüllen zu wollen, so muß der Richter trotzdem verurtheilen. Würde man dagegen einwenden, der Richter könne diese Forderung als gegen die boni mores verstoßend zurückweisen, so würde man damit unserer Ansicht beige-

[1]) Daß wir übrigens diese Generalisirung der Gefahrfrage bei allen Verträgen für verfehlt halten, darüber § 16 Näheres.

treten sein; denn der Verstoß gegen die boni mores läge dann doch darin, daß der Kläger eine Leistung ohne Gegenleistung einfordert. Wir setzen daher an die Stelle die bona fides. Und eben diese erhebt die Erfüllung zur Klagbedingung.

3. Andrée sieht mit vielen Anderen den wesentlichen Unterschied der exceptio non und non rite impleti contractus in der Vertheilung der Beweislast; bei letzterer muß der Beklagte beweisen. Aber es steht in der Praxis fest, daß unter gewissen Umständen der Beklagte auch die exceptio non impleti contractus zu beweisen habe. Und zwar dann, wenn der Kläger dem Richter einen hinreichenden Beweis der Erfüllung schon erbracht hat. Demnach wandelt sich bei derselben causa die exceptio non impleti in eine non rite um. Bei Unterscheidung der Beweiseinrede von der materiellen exceptio ist dieser Cirkelweg ausgeschlossen.

4. Ein sehr entscheidender Punkt ist folgender. Erfahrungsmäßig machen Beklagte allerlei Mängel geltend, um ihre Verurtheilung hinauszuziehen, und es hat dann der Richter die größten Schwierigkeiten, diese Verschleppung zu hintertreiben.

Und eben dies ist eine der schädlichsten Wirkungen der schablonenhaften Einrede des nichterfüllten Vertrages. Denn durch ihre Einlegung wird der Richter gebunden. Dem gegenüber steht das R. R., welches die actio durch die Erfüllung bedingt sein läßt, aber die Pflicht des Klägers nach bona fides bemißt und vor Allem bei Verzögerung der Leistung durch Umstände, welche auf Seite des Beklagten liegen, die Leistung als erfüllt betrachtet.

5. Die synallagmatischen Verträge sind in ihrem Bau so verschieden gestaltet, daß durch den Sammelbegriff exceptio non adimpleti contractus die sachliche Würdigung des einzelnen Falles erschwert und die Unterschiede verwischt werden.

Dies vor Allem ergiebt ein Blick auf die Praxis.

§ 4. Die Praxis.

Wenn wir hier die Bezeichnung: „Die Praxis" wählen, so machen wir darauf aufmerksam, daß gerade in unserer Frage von einer einheitlichen Richtung nicht die Rede sein kann. Die Entscheidungen der obersten Gerichte, welche wir hier als Praxis bezeichnen wollen, spiegeln die bunte Manchfaltigkeit und Unklarheit

der Theorie wieder. Die Einrede hat in dem Rechtsleben Deutschlands in diesem Jahrhundert beständig zwischen Sein und Nichtsein geschwankt. Das Preußische Landrecht betrachtet die Erfüllung als Klagfundament; in den Gebieten des gemeinen Rechts wird die exceptio non impleti contractus dagegen vielfach anerkannt.

Die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe ergeben zunächst ein unzweifelhaftes Resultat: Die Nichterfüllung des Vertrages wird als Gegenstand einer Einrede bezeichnet. Auch der Name exceptio non adimpleti contractus hat sich festgesetzt. Er giebt ein Beispiel zu dem vielfach bestätigten Satz, daß dann ein terminus am wenigsten in den Quellen Begründung hat, wenn er überwiegend unter lateinischem Namen auftritt. Ich erinnere nur an die zahllosen Rechtsparömien in lateinischer Sprache, an das constitutum possessorium, die brevi manu traditio u. d.

Aber, abgesehen davon, kann diese Bezeichnung deswegen nicht die mindeste Autorität in Anspruch nehmen, weil alle jene praktischen Entscheidungen sofort an den Thatbestand einer kontradiktorischen Verhandlung anknüpfen. In diesem Falle wird es der Beklagte in der Regel nicht unterlassen, die Erklärung abzugeben: „Der Kläger hat selbst nicht erfüllt." Das genügt, um die Einrede wirksam zu machen.

Ein Prüfstein wäre aber erst dann gegeben, wenn wir Entscheidungen vor uns hätten, in welchen der Kläger einen nicht erschienenen Beklagten zum Gegner hat und Erfüllung nicht behauptet resp. dieselbe geradezu verneint.

Freilich ist aber die Untersuchung, ob eine Einrede vorliege oder nicht, noch in einem andern Sinn von Wichtigkeit geworden; es handelt sich um die Frage: Wer hat zu beweisen?

Damit aber wird der Streitpunkt wieder auf ein ganz anderes Gebiet hinübergeführt. Der Streit lenkt sich auf eine Frage des materiellen Prozeßrechts.

Nun ist ersichtlich, daß wenn die Frage, wer die Beweislast trägt, mit der identisch ist, ob eine Einrede vorliege, daraus keineswegs folgt, daß sie auch exceptio im Römischen Sinne ist. Denn, wenn auch dem Exzipienten regelmäßig der Beweis oblag, so war doch keineswegs Alles, was der Beklagte zu beweisen hatte, Gegenstand einer exceptio. So gab es z. B. keine exceptio solutionis gegen die Vertragsklage, obwohl doch der Beklagte Er-

füllung beweisen mußte, um absolutio zu erlangen. Und gewiß verlangte und kannte der Römische Civil-Prozeß Gegenbeweise. Dies ergiebt der Titel de probationibus et praesumtionibus, welch letztere keineswegs überwiegend juris et de jure waren.

Will man Beweislast und Einrede-Qualität identifizieren und dennoch eine gesunde Beweis-Aufnahme aufrechterhalten, so erwächst je nach Lage der konkreten Umstände aus der Nichterfüllung bald eine Einrede, bald nicht. In Wahrheit ergiebt sich dann nie aus dem in Rede stehenden Rechtsverhältnis selbst, ob eine Einrede begründet ist oder nicht, sondern lediglich aus der konkreten Gestaltung der Beweis erbringenden Thatsachen. Und, um den Beklagten zu einer solchen Einrede zu provozieren, muß der Kläger dennoch zunächst die den Beklagten belastenden Thatsachen anführen und beweisen, z. B. Annahme der verkauften Sache. Man bewegt sich mithin im Kreise.

Überdies weiß der Beklagte bei dieser Einrede selbst nicht, was er eigentlich will. Denn diese Einrede wirkt einmal peremtorisch, ein ander Mal dilatorisch, je nach der causa. Er stellt also, indem er diese Einrede erhebt, gar keine bestimmten Anträge.

So statuirt Schall[1]) einen Unterschied der Einrede mit peremtorischer und mit dilatorischer Wirkung. Er bemerkt nicht, daß dies eine Wirkung des Vertrages ist, nicht eine solche der Einrede; er verwechselt dabei die Bestreitung des Klaggrundes; er legt der Partei den Beweis auf, daß der Gegner „gegen den Sinn des Vertrages handle", obwohl doch in dem betreffenden Rechtsstreit der Vertrag in Paragraphen conzipirt dem Richter vorlag, sodaß sich der Richter selbst diesen „Beweis" auferlegen und entscheiden mußte, um welche Art Vertrag es sich handle.

Zu einem klaren Begriff der exceptio hat es die Praxis ebensowenig gebracht, wie die Theorie. In Praxis und Theorie vermischt sich die Einrede als Gegenbeweis und die materielle exceptio. Ein Versuch, den Zweck dieser Einrede zu erklären, tritt in einem Erkenntnis des ehemaligen Ober-Appell.-Gerichts Celle vom 21. März 1865 hervor (Seufferts Archiv XIX Nr. 222): „Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bezweckt Nichts Anderes, als die Herstellung der gesetzlichen oder vertrags-

[1]) Archiv für civilist. Praxis B. 73 S. 429—474; ferner daselbst B. 72: Zur Lehre vom Licenz-Vertrag. S. 138—160.

mäßigen Reihenfolge der Leistung bei zweiseitigen Contrakten.“ Damit ist aber der Einrede schon das Urtheil gesprochen. Beruht die Leistung Zug um Zug auf Gesetz oder Vertrag, so muß sie offenbar von dem Beklagten nicht erst geltend gemacht werden. Soll sie ohne Geltendmachung des Beklagten keine Wirkung haben, so würde dies ein Recht sein, vertragswidrig zu verlangen, bis der Beklagte die Vertragswidrigkeit rügt, obwohl der Kläger den Vertrag selbst zugesteht; es sei denn, daß zwei selbständige Verträge vorliegen. Dann würde aber wiederum Leistung Zug um Zug nicht auf Gesetz oder Vertrag beruhen. Man dreht sich also auch hier im Kreise.

Man verweise dem gegenüber doch nicht auf die Verhandlungs-Maxime. Denn der Kläger hat ja den Inhalt des Vertrages selbst schon vorgetragen. Hat er dies noch nicht gethan, so kann auch von einer Einrede des nicht erfüllten Vertrages keine Rede sein.

Der Grund der Annahme einer exceptio liegt wohl genau besehen darin, daß bei Annahme der Bedingtheit der actio durch die Erfüllung von Seiten des Klägers die Klage erfolglos gemacht werden könnte, indem der Kläger es nicht zur Erfüllung zu bringen vermag. Und man beobachte einmal, wie man um diese Schwierigkeit herumzukommen versucht hat: Einige Entscheidungen zeigen ein umständliches Verfahren von bedingten Verurtheilungen und Depositionen, um dem armen Beklagten, der sich um die Empfangnahme herumdrückt, nur ja nicht zu wehe zu thun. Der Kläger muß förmlich Jagd machen, um dem Beklagten die Sache in die Hand zu liefern. Man hat dabei aber nicht berücksichtigt, daß die Erfüllung garnicht von dem Willen des Gläubigers abhängig ist, wie wir weiter unten zeigen werden (§ 18—21). Denn wie sollte der Beklagte, der selbst die Erfüllung des Klägers hintertreibt, oder auf dessen Seite die Ursache liegt, weshalb die Handlung des Klägers keinen ökonomischen Erfolg hat, wie sollte der Beklagte sich auf die Nichterfüllung berufen können? Nach Römischem Recht aber verhält es sich so, daß die Erfüllung Klagfundament ist, daß aber die Pflicht des Klägers nicht darin besteht, den Beklagten durch Anwendung aller möglichen Mittel, durch Bitten und Drohen, durch gerichtliche Aufforderungen u. dergl. zu bestimmen, anzunehmen. Der auf Leistung Zug um Zug gerichtete Vertrag

macht vielmehr die Klage einseitig fällig, wenn die Leistung Zug um Zug durch Umstände, welche auf Seiten des Beklagten liegen, vereitelt wird (frustratio).

Damit gehen wir zu Einzelpunkten über, um zu zeigen, wie die exceptio non adimpleti contractus nur dazu beigetragen hat, die einfache Würdigung des Streitverhältnisses zu erschweren.

I. Den wichtigsten Punkt führten wir schon an; die Frage: wer hat zu beweisen?

1. Seufferts Archiv B. XV 213, Lübeck 1862.

Das O. A. G. Lübeck hatte bisher dahin erkannt, die Nichterfüllung des Vertrages sei dann vom Beklagten zu beweisen, wenn ein Empfang oder eine sonstige Anerkennung der Contraktmäßigkeit der gelieferten oder versandten Waare seitens des Bestellers stattgefunden habe. Desgleichen, wenn sich der Käufer durch Contrakts-Erfüllung in die Lage gebracht hatte, auf Rückzahlung klagend vorgehen zu müssen. Das O. A. G. änderte aber seinen Standpunkt dahin, daß nur die Anerkennung, nicht die Vertrags-Erfüllung die Beweislast verschiebe.

2. Seuff. Archiv. XXIII. 269. Stuttgart 1867.

Wenn die vertragsmäßige Beschaffenheit gekaufter Waare vom Empfänger bestritten wird, so trifft die Beweislast bezüglich deren Fehlerhaftigkeit dann den Käufer, wenn er die Waare angenommen und darüber disponirt hat.

3. Seuff. XXVII. 16. R. O. H. G. 1870.

Daß der Verkäufer die Waare übernommen, ändert in Betreff der Beweislast, abgesehen von den hinzutretenden besonderen Umständen Nichts. Vergl. noch Seuffert VII, 295. IX, 88.

Wir sehen in diesen drei Urtheilen, daß es sich um einen Kampf mit dem Prinzip formaler Beweisregeln handelt, bei welchem die Anerkennung der veraltenden Theorie noch einen Schild vorhält.[1])

Es sei aber nochmals darauf aufmerksam gemacht, daß diese als Einrede bezeichnete Entgegnung des Beklagten sich nicht als Einrede des nicht erfüllten Vertrages darstellt. Denn ganz offenbar hat sich der Kläger in den obigen Fällen doch selbst auf die Empfangnahme, Aufnahme, Annahme des Beklagten berufen, also bereits

---

[1]) Cf. Andrée a. a. O. S. 74.

den Beweis der Erfüllung angetreten. Und nun erst fragt es sich, wie weit dieser Beweis reiche. Dabei wird nun aber wiederum zweierlei vermengt. Bestreiten der Vertragsmäßigkeit enthält zweierlei:

1. Bestreiten des Vertrages d. h., daß er so abgeschlossen, wie er erwiesenermaßen ausgeführt sei.

2. Bestreiten der vertragsmäßigen Leistung d. h., daß er so ausgeführt sei, wie er erwiesenermaßen abgeschlossen.

Unter allen Umständen aber ist es ein Cirkelweg, die Frage, wer zu beweisen habe, von der abhängig zu machen, ob eine Einrede vorliege. Und dasselbe ist es mit der Untersuchung, ob eine Anerkennung vorliege. Das Verhalten des Bestellers, Käufers bei der Annahme ist ein Inzicht sowohl dafür, daß der Vertrag so ausgeführt, wie er nachgewiesenermaßen geschlossen, als dafür, daß der Vertrag so abgeschlossen, wie er nachweislich ausgeführt. —

II. Mit der obigen Erörterung ist auch schon über die Frage entschieden, ob die Einrede verloren werden könne. Als Gegenbeweis gegen die Beweisführung des Klägers geht sie nach Handelsrecht durch die Versäumnis der Anzeige der mangelhaften Leistung bei Distanze-Geschäften verloren. Da nun z. B. bei Probekäufen mangelhafte Leistung insofern Nichtleistung sein kann, als die gelieferte Waare nicht zu dem genus gehört, welches im Vertrag durch die Probe bestimmt ist, so fällt a. 347 auch in unser Gebiet. Wir wollen daher die Bedenken vorbringen, welche wir gegen diesen Artikel haben.

1. Der Gegensatz zwischen Platz-Geschäft und Distanzgeschäft ist ein völlig zufälliger und vor Allem ein unmeßbarer, ja sogar formalistischer[1]).

Wo der Platz aufhört und die Distanze beginnt, ist nur durch ganz mechanische Merkmale zu bestimmen. Und von

---

[1]) Man vergl. z. B. E. d. O. L. G. Frankfurt vom 6. März 1888 (Goldschmidts Zeitschr. B. 38, S. 207, Nr. 221): Ein Distanzegeschäft liegt dann nicht vor, wenn die Orte, an denen Verkäufer aus der Hand giebt und Käufer sie annimmt, durch eine zusammenhängende Reihe von Häusern verbunden sind und die Übersendung von Waaren aus der einen nach der anderen Ortschaft in der Regel durch dieselben Transportmittel wie innerhalb der Ortschaften selbst unter Ausschluß der bei der Versendung nach auswärts üblichen Speditions- und Frachtgelegenheiten erfolgt.

diesem rein zufälligen und unmeßbaren Gegensatz werden die weitgehendsten Rechtssätze abhängig gemacht!

2. Die Präsumtion der Genehmigung, welche eine praesumtio iuris et de jure ist — E. vom 9. Mai 1871 — ist eine unbillige Härte, da die verspätete Anzeige nur zur Schadloshaltung des nicht selbst fahrlässigen oder gar dolosen Verkäufers führen müßte. Die Versäumnis der Anzeige dürfte keine Exkulpierung des Lieferanten zur Folge haben. Erkennt man diese aber nicht an, so wäre nach unserm bescheidenen Dafürhalten das Verhältnis richtiger geregelt, wenn man die Pflicht des Käufers, zu prüfen, nach Prinzipien der negotiorum gestio bestimmte.[1])

III. In vielen Fällen handelt es sich nicht um die Frage, ob der Vertrag erfüllt ist, sondern, was Gegenstand der Erfüllung sei, sodaß die Einrede sich als Bestreiten des Vertrages selbst darstellt.

a) So z. B. bei Probekäufen. Hier kann die Einrede sowohl die Bestreitung enthalten, daß die Probe richtig sei, als daß richtig nach Probe geliefert sei. Seuff. Archiv II. 276 IV. 25. IX. 88.

b) Ähnlich verhält es sich bei dem Seuff. Archiv III. Nr. 153 mitgetheilten Fall. Es war verabredet: die Lieferung des Roggens in Petersburg geschieht spätestens bis ultimo Mai

---

[1]) Der Gegensatz von Distanze- und Platzgeschäft wird neuestens wieder vertheidigt von F. W. Schlodtmann, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht 37. Band (1890) „Über die Anwendbarkeit des Art. 347 ff. des H. G. B., wenn statt der vertragsmäßigen eine Waare anderer Gattung geliefert und empfangen wurde.“ Die Ansicht Schl.'s baut sich aber auf einer Verwechselung auf. Es handelt sich in dem S. 3 angeführten Falle nicht um den Gegensatz von Platz- nnd Distanze-Geschäft, sondern um den von Genus- und Spezieskauf. Wenn der Käufer den dem (Kommissions-) Verkäufer zugesandten Caracas-Cacao an Ort und Stelle besichtigt und durch einen Beauftragten gekauft hatte, so lag ein Spezieskauf vor. Der Käufer kauft diese ihm vorliegende Quantität, weil sie Caracas-Cacao war, er kauft nicht Caracas-Cacao schlechthin; es war also die res emta nach quale, quantum und quid bestimmt. Und es wäre hier nach R. R. in Betracht zu ziehen, ob dicta promissa vorliegen resp. dolus fr. 11 § 5 D. A. E. V. 19,1. Auch der S. 7 mitgetheilte Fall: Kauf von 53 Beutel Moschus, welche dem Kläger vor Abschluß des Handels vorgelegt wurden, war eine emtio speciei, aber wie es scheint ad mensuram. —

alten Styls d. J. und wird dann mit dem Schiffe „der Falke" abgeladen.

Die exceptio n. i. c. nützt hier Nichts; sondern es ist lediglich Interpretations-Frage, wer die Zeitgefahr [1]) trägt.

c) Bei der locatio conductio operis ist es gleichfalls Frage der Auslegung des Vertrages, wann der conductor operis Vorschüsse und Erstattungen fordern kann. Seuff. Archiv XVIII. 34. 230. XIX. 32.

d) Es kann auch in der exceptio non ad. c. das Zugeständnis eines andern Vertrages liegen. Seuff. Archiv XVIII. 180. Der Verklagte hatte bei einem Fruchthandel eingewendet, daß das Malter nicht zu 10 fl. sondern zu 10 fl. 30 kr. gehandelt sei. Wenn hier der Kläger in zweiter Instanz verlangte, den Beklagten auf Lieferung des Weizens gegen 10 fl. 30 kr. zu verurtheilen, so erblickte das Gericht mit Recht darin eine Klagänderung. Aber dieser für den Kläger sehr harte Ausgang wäre wahrscheinlich vermieden worden, wenn nicht dadurch, daß die Nichterfüllung des Vertrages als Gegenstand einer exceptio angesehen wurde, das Vertrags-Verhältnis in zwei selbständige Ansprüche getheilt worden wäre. Wäre die Zahlung des Kaufpreises als Klagfundament in Betracht gekommen, so hätte gleich im Anfang entschieden werden müssen, was Inhalt des Vertrages sei.

e. Auch in dem von Schall [2]) mitgeteilten Fall Mitscherlich ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unthunlich, weil es Frage nach der Natur des Vertrages ist, in welchem Verhältnis Leistung und Gegenleistung zu einander stehen.

IV. In manchen Fällen handelt es sich um die sog. ursprüngliche Unmöglichkeit. Seuff. Arch. XXV, 82. Beklagter setzte der Vertragsklage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen, weil die engagirte Sängerin nicht die erforderlichen Stimmmittel habe; dieselben seien höchstens zur Ausführung kleiner Soubrettenpartien im Vaudeville ausreichend gewesen.

V. Eine hervorragende Stellung nimmt in der Lehre die

---

[1]) Über den Begriff der Zeitgefahr vergl. § 16.

[2]) R. Schall, die Prozesse des Professors Dr. Mitscherlich in Freiburg i. B. gegen die Käufer seines Cellulose-Verfahrens, übersichtlich dargestellt. Stuttgart 1892.

sog. exceptio evictionis iminentis ein. Dieselbe wird in § 6 No. II besprochen werden.

Dieser kurze Überblick wird genügen, um zu zeigen, welches Chaos verschieden gearteter Fälle die gebrechliche Schaale der exceptio non impleti contractus birgt. Es konnte dabei nicht unsere Aufgabe sein, die einzelnen der gemeinsamen Kategorie unterstellten Fragen auch nur in annähernd erschöpfender Weise zu beantworten. Unsere Untersuchung schließt von vorne herein die Frage aus, welcher Vertrag vorliegt. Denn erst nach Feststellung des Vertrages kann unsere Einrede des nicht erfüllten Vertrages überhaupt in Betracht kommen. Bringt es aber die Natur des Vertrages mit sich, daß die Nichterfüllung Endigungs-Grund ist oder Grund zu Interesse-Anspruch, so fällt unsere Untersuchung ebenfalls weg. Und nicht eine willkürliche Zusammenfügung einer Unzahl heterogener Einzelfragen in der ausgedehnten Lehre von den gegenseitigen Verträgen ist unser Thema, sondern das oben bezeichnete enge Gebiet.

§ 5. Natur der Einrede.

Von einer dilatorischen Einrede des nicht erfüllten Vertrages läßt sich nur da sprechen, wo der Aufschub der Leistung nicht zugleich den Gegenstand derselben mindert oder vernichtet. Wir sahen zwar, daß der durch oder ohne die Einrede gerechtfertigte Verzug in gewissem Sinne gleichfalls zerstörlich wirkt; jedoch nicht in Bezug auf das unmittelbare Object, sondern nur bezüglich des aus dem Object erwachsenden Nutzens.

Daraus ergiebt sich aber auch: Die Einrede schiebt nur die Ablieferungs-Pflicht hinaus. Denn soll die obligatio bestehen bleiben, soll der auf Austausch gehende Vertrag trotz der Einrede noch zur Ausführung kommen, soll der Retinent noch voll und ganz erfüllen können, so muß mit der Suspension der Ablieferungs-Pflicht eine Verlängerung der geschuldeten Diligenz- und Custodia-Pflicht Hand in Hand gehen. Die Retention des Besitzers, von dem eine Sache auf Grund eines Vertrages, welchen derselbe zugiebt, gefordert wird, ist weiter Nichts als Fortsetzung eines inhaltlosen Besitzes; der Verkäufer muß die res vendita wie eine fremde

behandeln und mit größter Sorgfalt verwahren. Freilich ist aber diese Pflicht nur Vertrags-Pflicht und hat keinerlei dingliche Wirkung.

Der Einfluß der Nichterfüllung ist daher kein solcher auf die obligatio, sondern ein solcher auf die actio. Der venditor weist die Forderung, abzuliefern, zurück, nicht die, die Sache sorgfältig zu behandeln.

Und es entsteht nun die Frage: Ist die Erfüllung Bedingung der actio oder die Nichterfüllung Grund des Gegenanspruchs, die Klage zu verneinen? Schon diese Fragestellung verweist auf die richtige Antwort. Denn die Sprache sträubt sich, diesem „Anspruch" auf Verneinung der Klage eine Bezeichnung zu geben. Denn nicht um eine Wiederbeseitigung der Klagbarkeit handelt es sich.

I. Um aber aus den Quellen einen Aufschluß erhalten zu können, muß zunächst auf einen wichtigen Gegensatz des Römischen und heutigen Civil-Prozesses verwiesen werden, welcher die Klarlegung sehr erschwert: die condemnatio pecuniaria und die damit zusammenhängende compensationis ratio im bonae fidei judicium.[1]) Sobald die condemnatio in Betracht kam, konnten die Leistungen nur als Werthgrößen in Betracht kommen. Wenn der Judex eine Gegenforderung überhaupt berücksichtigte, so war damit die compensationis ratio gegeben. So kamen im bonae fidei judicium auch Gegenansprüche in Anrechnung, wenn sie nicht res ejusdem naturae et generis zum Gegenstande hatten. Diese compensationis ratio war im Gegensatz zu der im stricti juris judicium nur zulässig ex eadem causa. Während ferner der bonorum emtor ex eadem causa cum deductione klagen mußte, war diese compensationis ratio (d. h. durch Berechnung der Werthe) in das Ermessen des Judex gestellt. Gajus IV, 61. in quo et illud continetur, ut habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare. Das, was der Kläger ex eadem causa leisten müßte, d. h. was er aus dem Vertrag zu leisten hätte und das, wozu er verurtheilt würde, wenn der Be-

---

[1]) Über die Gefahr der Rechtsverwirkung cf. S. 4. 53. 58.

klagte seinerseits auf Erfüllung Klage erhoben hätte, wird demnach in Berechnung gebracht. Indeß: liberum tamen judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere.

Von dieser Compensation durch Berechnung und der pecuniaria condemnatio aber abgesehen, ist ersichtlich, daß von einem gegenseitigen Einfluß einer obligatio auf die andere garnicht gesprochen werden kann. Inhaltliche Modifikation einer Obligation durch die Erfüllung der andern ist nur von der Werthberechnung aus denkbar. Als reine Bedingung aber würde sie den Consensual-Contrakt zu einem pactum de contrahendo herabdrücken und überdies die von Anfang an bestehende Pflicht zur custodia und diligentia unerklärlich machen.

Der einzig mögliche Einfluß ist der auf die Erzwingbarkeit und Haftbarmachung vermittelst der actio. Alles, was der Beklagte zu leisten hat, ist erst dann durch Klage zu erzwingen, wenn der Kläger seinerseits seine Pflicht erfüllt hat. Und dadurch wird die sog. Einrede verwandt mit der actio contraria gegen die Restitutions-Pflicht aus den benannten Real-Contrakten: depositum, commodatum, pignus, sowie aus den Geschäftsführungsklagen. Dadurch erhalten wir einen Anhaltspunkt über die Art, wie Leistung und Gegenleistung sich beeinflußten, durch den arbitratus de restituendo. Aber diese Parallele darf nicht zu weit geführt werden. Auch die actio contraria ist zwar, wie sich in § 9 ergeben wird, mit der actio directa unter Umständen connex. Während aber die Thatsache, welche die actio contraria erzeugt: Impensen, Schaden durch die anvertraute Sache, ein neues Ereigniß ist, giebt es für die Gegenforderung kein anderes sie erzeugendes Faktum, als den Vertrag selbst.

Wäre nun die Nichterfüllung Gegenstand oder Grund einer exceptio, so würde die Verpflichtung zur Gegenleistung der Klage auf Leistung gegenüber zu einer actio (exceptio) auf zeitweilige Verneinung; es bestände keine Verneinung zur Zeit schlechthin, sondern Klage auf Verneinung. Denn die exceptio wird ausdrücklich als actio charakterisirt: reus in exceptione actor est. Und diese Klage wäre nicht durch den Vertrag gegeben; sie wäre auch nicht dadurch gegeben, daß der Beklagte die Sache besitzt und somit dem Beweise des Gegners entgegensieht, sondern sie erlangt

erst Substanz durch Einlegung der exceptio. Erst mit der Erhebung der exceptio entstünde dann auch das Retentions-Recht; vielleicht allerdings mit zurückgreifender (retrotraktiver) Wirkung. Consequent verfolgt, dürfte der Retinent auch kein interdictum retinendae possessionis gegen den Gegner haben, oder kein recuperandae, wenn ihm die Sache von jenem entzogen wird, sondern ein adipiscendae possessionis. Diese Consequenz zu ziehen, hat freilich keiner der Vertreter der exc. n. i. c. gewagt; selbst nicht Bernhöfft[1]), welcher schon im Kauf-Vertrage einen Besitz-Übergabe Vertrag erblickt. (Jherings Jahrbücher B. 14 S. 81 ff.)

Wir sehen also: Auf ihren juristischen Bau geprüft, verliert die exceptio allen Halt.

Und welche Wirkung soll nun der Versäumung dieser Einrede beigelegt werden? Womit wird Beklagter nach heutigen Prozeßgrundsätzen bei Versäumnis präkludirt? Wenn aus dem

---

[1]) Das seit dem Mittelalter immer wieder auftauchende Bestreben, dem Käufer durch die Perfection des Vertrages dingliches Recht zu übertragen, das ja in dem Code civile a. 1583 gesetzliche Wirksamkeit dahin gefunden hat, daß der Käufer mit Perfection des Kaufes Eigenthum erwerbe, beruht auf einer Begriffs-Verwirrung. Zweifellos kann ja mit Abschluß des Kaufes ein sog. constitutum possessorium verbunden sein, wenn es sich um eine Spezies handelt, die der Verkäufer civiliter besitzt. Aber darf man dies als den normalen Willen der Parteien annehmen, insbesondere da, wo das Eigenthum übergehen soll ohne Zahlung des Kaufpreises? Darf man annehmen, daß der Verkäufer die Sache weggiebt, ohne sich des Preises zu versichern? Materiell ungerecht aber erscheint die Bestimmung des Code civile geradezu im Konkurse. Der Gläubiger ist seines Gutes beraubt und er erhält nur einen Theil des pretium, obwohl er sein Gut noch garnicht aus der Hand gegeben hat. Freilich wird die Anwendbarkeit des a 1184 auf den Kauf und insbesondere für den Fall des Conkurses behauptet. Wie sich die erstere mit dem Begriff des Eigenthums (a 544): la proprieté est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue vereinigen läßt, sodaß nicht etwa jede Lieferungs-Pflicht auf einem neuen Vertrag beruhen muß, mag dahingestellt bleiben. Was aber die Anwendung des a 1184 betrifft, so ist m. E. der Auflösungs-Anspruch ein persönlicher. Dann aber unterliegt er nicht der Aussonderung oder Absonderung und wird mit Rücksicht auf die Werthberechnung dem Interesse-Anspruch gleichkommen, wenn man nicht zu ganz übertriebenen Consequenzen gelangen will. Sollte dieser Anspruch aber ein dinglicher sein, was ja meist angenommen wird, so ist das Eigenthum des Käufers im Falle des Conkurses eine Phrase, welche die einfache Sachlage lediglich verwirrt.

Vorbringen des Klägers bereits erhellt, daß Leistung Zug um Zug verabredet sei, ist es dann nur Präklusion, wenn nun die einseitige Pflicht des Beklagten gefolgert wird? Und wenn die Nichterfüllung kraft des vom Kläger vorgetragenen Vertrages Aufhebung derselben zur Folge hat, ist es dann Präklusion, wenn der Beklagte trotz Nichterfüllung des Klägers condemnirt wird?

II. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat ihre Existenz überhaupt nur fristen können durch die enge Verbindung, in welche man sie mit der exceptio redhibitoria, welche man als exceptio non rite impleti contractus bezeichnet, gebracht hat. Die Nichterfüllung und die causa redhibitionis sind aber scharfe Gegensätze, welche nur durch diese künstlichen Bezeichnungen verdeckt werden. Mit Recht hat W. A. Puchta darauf hingewiesen, daß die nicht gehörige Erfüllung zwar eine Leistung, aber keine Erfüllung ist. Aber auch in seiner Ausführung verschwindet der eigentliche Kernpunkt des Gegensatzes. Es giebt nur die Alternative: Entweder ist etwas Anderes geleistet, als verabredet ist. Dann liegt keine Erfüllung vor. Eine absichtliche Annahme wäre ein neuer Vertrag. Oder es ist wirklich das geleistet, was verabredet ist. Dann ist erfüllt. Ein Drittes giebt es nicht mehr. Diese Alternative ist auch nur dann hart, wenn man das, was Inhalt der Obligation ist, wie eine Garantie auffaßt und annimmt, der Schuldner habe absolut den Erfolg zuzusichern, während doch nur die Anwendung vertragsmäßiger Sorgfalt zur Erlangung des Erfolges seine Pflicht ist.

Besteht also nur die Alternative[1]) zwischen Erfüllung und Nichterfüllung, so fragt es sich, wie dazu die redhibitio sich verhält. Für diese besteht eine ganz selbständige causa, das Vorhandensein von vitium oder morbus. Und diesen Gegensatz ver-

---

[1]) Wir bemerken hier, daß es uns nur auf den Gegensatz zwischen Erfüllung und fehlerhafter Erfüllung ankommt. Es liegt uns fern, theilweise und unvollständige Leistung als definitives Ausbleiben zu bezeichnen. Diese ist aber Nochnichterfüllung und deshalb nondum est actio. Wir wollen hier nur die Vermischung von Leistung eines aliud und der mangelhaften Erfüllung zurückweisen. Die Leistung einer species alius generis, sowie die einer alia species ist schlechthin Nichterfüllung, die Leistung einer res vitiosa ist Erfüllung, begründet aber eine Redhibitions-Klage.

wischt die Unterscheidung von Einrede des nicht und des nicht gehörig erfüllten Vertrages.

So bezeichnet man die probewidrige Leistung als mangelhafte oder fehlerhafte Leistung, während sie in Wahrheit ein anderes Leisten und daher Nichtleisten ist. So gelangt man zu zwei falschen Schlußfolgerungen:

1. bei Obligationen, welche zum Gegenstande vertretbare Sachen haben, sei die exceptio non adimpleti contractus mit der exceptio non rite identisch.

2. Was ein vitium sei, sei nicht festzustellen; vitiose Leistung sei Nichtleistung.

Allein bei vertretbaren Sachen sind Nichterfüllung und mit einem vitium behaftete Leistung sehr wohl zu trennen. Denn macht der Beklagte mangelhafte Leistung geltend, so liegt darin entweder ein Bestreiten des Vertrages oder Bestreiten vertragsmäßiger Leistung. Ist der Mangel ein solcher, welcher bewirkt, daß das Geleistete nicht zu dem genus gehört, aus welchem geleistet werden sollte, so ist nicht erfüllt. Ist der Mangel aber ein solcher, welcher nicht bewirkt, daß das Gelieferte aus dem genus ausscheidet, so liegt ein vitium vor. Und es kann sich nur darum handeln, ob das vitium erheblich genug ist, um die redhibitio oder Minderung zu rechtfertigen.

Und dasselbe ist bei den Obligationen, welche eine species zum Gegenstande haben, der Fall. Hier steht die Identität der species, nicht des genus fest. Freilich wird das oben bezeichnete Prinzip in neuerer Zeit verkannt: So z. B. von Wendt, Pandekten § 224 S. 619: „Ein Mangel oder Fehler ist nach allgemeinem Sprachgebrauch dann vorhanden, wenn eine Sache nicht diejenigen Eigenschaften aufweist, welche ihrer Gattung im Durchschnitt angehörig sind, oder umgekehrt, wenn sie solche Eigenschaften zeigt, welche der Gattung im Allgemeinen fern sind.“ [1]) Durch diese Definition muß freilich der Gegensatz zwischen Nichterfüllung und causa redhibitionis verschwinden. Dem gegenüber glauben wir

---

[1]) Der neuerdings von Schlodtmann a. a. O. S. 16 ff. geäußerten Ansicht, wonach die Aufstellung des Begriffs der Gattung eine undurchführbare Abstraktion sei, kann ich nicht beipflichten; auch stimme ich der Meinung zu, welche in der Qualität eine Unterart erblickt. Es kommt dabei darauf an, feste Merkmale thatsächlich festzustellen, durch welche die betreffende Gattung

jedoch uns auf das Römische Recht stützen zu können, wenn wir behaupten: morbus und vitium sind Zustände, welche die betr. Sache niemals in ein anderes genus versetzen, ja sogar besonders solche Fehler, welche nur Sachen dieser Art anhaften können. Zwar wird morbus in fr. 1 § 7 D. h. l. 21, 1 als habitus contra naturam bezeichnet. Aber dies will nicht sagen, daß der morbus das Wesen der Sache verändere, sondern in conträren Gegensatz zu dem Wesen derselben trete. Und ebenso wenig verneint das vitium das Wesen der Sache, sondern tritt zu demselben in einen Gegensatz. Wohl können bestimmte Gegenstände für bestimmte Fehler oder Gebrechen mehr empfänglich oder ausschließlich zugänglich sein. Aber das vitium ist das abgeschlossene Resultat eines Vorganges, welcher mit der Entstehung oder dem Bestehen der Sache Nichts zu thun hat, vielmehr diesen entgegentritt; morbus ist einer dieser Vorgänge selbst. Und eben dieser Widerspruch, in welchen der Mangel mit dem Wesen der Sache tritt, ist, wenn er den Gebrauch der Sache beeinträchtigt, die causa redhibitionis; diese ist ein selbständiger Rechtsgrund zur Rückgängigmachung auch dann, wenn es sich um ein species handelt. Der Gegensatz von Spezies- und Quantitäten-Kauf übt dabei keinen Einfluß. Und dies ist wohl der Grund, weshalb die Quellen den Genuskauf gar nicht besonders ins Auge fassen. Eine Identität zwischen dem Verabredeten und dem Geleisteten muß ja auch bei dem Genus-Kauf vorliegen. Denn der Käufer will aus der Mehrzahl, welche das genus bildet, eine bestimmte Anzahl erwerben. Darin besteht nun die Perfection der emtio, daß der Verkäufer die einzelnen Individuen bestimmt. Und während bisher nur das quale nach dem quantum bestimmt war, ist nun auch das quid bestimmt. Da vorher die emtio imperfecta ist, so kann es sich bis dahin um eine Sache, die in ea causa est, ut redhibeatur, gar nicht handeln. Eben deswegen fassen die Quellen den Genuskauf gar nicht besonders ins Auge. Darauf hat L. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht B. XIX S. 106: „Über die Statt-

---

und Unterart bestimmt wird. Die durch Sachverständige zu erreichende thatsächliche Feststellung muß die Merkmale bezeichnen, durch welche das betr. Genus charakterisirt wird. Und es ist ersichtlich, daß dieses Merkmal kein völlig gleichgiltiges sein darf, sondern ein solches, welches für die menschliche Wirthschaft von Bedeutung ist oder im Verkehr als wichtig anerkannt ist.

haftigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf" hingewiesen.

Ein die causa redhibitionis begründender Mangel macht also die Sache nie zu einer einem andern genus angehörigen. Ein das genus verändernder „Mangel" kann beim Spezieskauf nur als wesentlicher Irrthum resp. als dolus[1]) und laesio enormis in Betracht kommen; beim Gattungskauf aber begründet er Bestreitung des Vertrages oder Bestreitung der Erfüllung.

Von der exceptio redhibitoria aber losgetrennt, verliert die exceptio non adimpleti contractus alle Bedeutung.

III. Man hat die Exzeptions-Natur dieser Einrede endlich dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß man darauf hinweist, daß auch materielle Rechte in die Disposition des Berechtigten gestellt werden könnten. Und dies ist völlig unbestreitbar. Aber es liegt uns Nichts ferner, als zu behaupten, daß der Anspruch des Beklagten als Anspruch in litem deduzirt werde. Vielmehr schließen wir aus dem nondum est ex emto actio, daß das, was Inhalt der Obligation des Klägers ist, gleichzeitig Inhalt der Bedingung ist, unter der seine actio, d. h. die Erzwingbarkeit seines Anspruchs schwebt. Die Frage spitzt sich, da ja allgemein feststeht, daß der Kläger jedenfalls beweisen muß, wenn der Beklagte die Einrede macht, nur darauf zu: Muß der Beklagte die Bedingung selbst geltend machen, obwohl der Vertrag auf Leistung Zug um Zug gerichtet ist, obwohl der Kläger diese Bedingung bereits vorgetragen hat? Ich glaube nicht, daß Jemand zu dieser Bejahung wird gelangen können.

Es soll demnach die Haltlosigkeit der exceptio non adimpleti contractus an den Römischen Rechtsquellen erwiesen werden.

---

[1]) Als eine im judicium emti geltend gemachte actio doli sehe ich an: fr. 11 § 5 Dig.. A. E. V. 19, 1: Si quid virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto conpetere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur.

II.

Es gab im Römischen Recht keine exceptio non adimpleti contractus.

A.

§ 6. Die Quellenstellen.

Trotz der eingehenden Nachweise Kellers, Tiktins und Schlesingers hält die herrschende Meinung doch daran fest, daß die exceptio non adimpleti contractus der Sache nach ein Römisches Rechts-Institut war. Z. B.:

Windscheid, Pandekten II § 321 A. 2.
Dernburg, Compensation. 2. A. S. 63—71.
Derselbe, Pandekten II § 21.
Bechmann, Kauf I S. 568 ff.
Bernhöft, Jherings Jahrb. B. XIV S. 184 ff.
Puntschart, die fundamentalen Rechts-Verhältnisse. S. 207 ff.
Wendt, Pandekten § 202.
Bekker, Aktionen I S. 372.
Derselbe, Jahrbücher d. gem. R. V S. 116

und andere in anderen Gebieten, wie für das Handelsrecht:

Goldschmidt I, 2 § 93 A. 8.
Endemann II § 181,

für das Privatrecht:

Unger II S. 468.

Dagegen stehen auf der Seite Kellers mit Modifikationen vor Allem:

Karlowa, de natura συναλλάγματος.
Baron, Pandekten § 215,

Schlesinger, Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes.

Bei dieser ansehnlichen Vertretung der exceptio n. i. c. muß nochmals auf die Quellen eingegangen werden, um ihre Beweiskraft zu beseitigen. Nach den Interpretationen Kellers, Tiktins, Karlowas und Schlesingers sind neue Gesichtspunkte nicht mehr vorzuführen, wohl aber glauben wir, die Auslegungen auf Grund neuerer Quellenforschungen fester fundiren zu können.

Dabei ist zu verwundern, daß gerade Bechmann, welcher der actio redhibitoria eine solch gründliche Forschung gewidmet hat, doch von seinen eignen Resultaten keinen Gebrauch gegen die exceptio gemacht hat. Und gerade die exceptio redhibitionis oder redhibitoria spielt in den Quellen die Hauptrolle.

I. Wir haben die exceptio redhibitoria oben bereits in dem Gewande der exceptio non rite impleti contractus kennen gelernt.

fr. 59 D. aed. ed. 21, 1: Cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est venditorem pretium redhibendae rei consequi. § 1. Si quis duos homines uno pretio emerit et alter in ea causa est, ut redhibeatur, deinde petatur pretium totum: exceptio erit obicienda; si tamen pars pretii petatur, magis dicetur non nocere exceptionem; nisi forte ea sit causa, in qua propter alterius vitium utrumque mancipium redhibendum sit.

Aus dieser Stelle ergiebt sich mit Gewißheit, daß die redhibitio durch exceptio geltend gemacht wurde, wenn es überhaupt zu einer actio kam und nicht etwa schon vorher redhibirt wurde.

Lenel (Edictum Perpetuum § 272) will zwar diese exceptio in die Klasse: si ex contractibus argentariorum agatur eingefügt wissen. Dagegen ist jetzt zu zeigen, daß sie gegen diese Klage als exceptio doli geltend gemacht wurde, daß sie dagegen eine allgemeine exceptio war, die als solche gegen jede actio venditi zustand, und als solche wahrscheinlich auch ins prätorische Album aufgenommen war.

Ein Blick auf die Edikts-Commentare des Ulpian und Paulus macht diese Hypothese wenigstens sehr wahrscheinlich. Im 69. Buch des paulinischen Commentars findet sich eine so allgemeine Betrachtung, daß man unmöglich auf den ganz speziellen Fall der Argentarier-Klage schließen kann. Facta red-

hibitione omnia in integrum restituuntur perinde ac si neque emtio neque venditio interesset. Und dasselbe ist auch im obigen Fragment der Fall, das aus Buch 74 ad. Ed. des Ulpian stammt. Es wäre nun möglich, daß die exceptio auf Grund einer bereits durchgeführten Redhibition gegeben wurde; sie wäre also exceptio redhibitionis, nicht redhibitoria[1]). Und als solche wird sie in dem weiter unten aufzuführenden f. 5 § 3—5 D. exc. doli 44,4 bezeichnet. Allein das obige Fragment hat diesen Fall nicht im Auge, denn in dem Passus: si quis wird entschieden von einer exceptio gesprochen, welche Wandelung beansprucht. Und es ist gleichgiltig, ob diese redhibitio vor erfolgter Tradition ideell, oder nach derselben real ausgeführt wird. Es wären demnach folgende Fälle ins Auge zu fassen:

1. exceptio auf Grund einer bereits erfolgten außergerichtlichen Redhibition.

2. exceptio auf Grund einer vor den Ädilen durchgeführten Redhibitions-Klage.

3. exceptio auf Grund einer vor dem Prätor durchgeführten actio emti redhibitoria.

4. exceptio angesichts einer durchzuführenden Redhibitions-Klage.

5. exceptio zum Zwecke einer Redhibition.

6. exzeptive Geltendmachung der actio de pretio reciperando.

Fall 1 würde unter die allgemeine exceptio doli gehören, wie sich unten aus fr. 5 § 3—5 cit. ergiebt; Fall 2 und 3 wäre exceptio rei judicatae vel in judicium deductae; falls nicht in diesem Fall schon ipso iure Consumtion eintritt. Fall 4 wäre Präjudizial-Exzeption und der Kreis dieser Einreden war ein ganz beschränkter. Die actio de pretio reciperando war nur auf Grund erfolgter Redhibition möglich, sodaß sie nicht in Betracht kommt. So bleibt nur Fall 5 übrig. Sollte aber auch einer der anderen Fälle zutreffen, so würde sich nicht weniger das ergeben, worauf es nur hier ankommt: die materielle Selbständigkeit des Redhibitions-Anspruchs gegenüber der Kaufklage. Denn wenn die nichtgerichtliche Redhibition durch exceptio doli geltend gemacht werden mußte, so war die Redhibition etwas der Kaufklage nicht Inhärentes.

---

[1]) cf unter sub III S. 43.

Noch mehr, wenn die actio redhibitoria ganz selbständig in einem besonderen judicium verhandelt werden konnte; ebenso wenn es sich um ein praeiudicium handeln konnte.

Es ist nun ganz ausdrücklich bezeugt, daß der Redhibitions-Anspruch in das judicium emti aufgenommen wurde: fr. 11 § 3 D. a. e. v. 19,1: Redhibitionem quoque contineri emti judicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus. Der emtor konnte deshalb mit der actio emti die Redhibition beanspruchen. Und dem entspricht es, daß gegen die actio venditi die redhibitio ope exceptionis verlangt wird. Denn beide Stellen, die aus Paulus sowohl als die aus Ulpian, stehen in Büchern, in denen ganz ausschließlich exceptiones behandelt werden. In Anknüpfung an fr. 59 cit. möchte man die Exceptions-Formel etwa so denken: si ea res (ea merx fr. 66 Dig. V. S. 50,16) non in ea causa est, ut redhiberi debeat.

II. Sehr verwandt mit dieser exceptio redhibitoria ist trotz des scheinbar ganz verschiedenen Thatbestandes die in c. 5 Cod de ev. VIII, 45 genannte. Nur wenn man auf diesen Zusammenhang achtet, was von den früheren Interpreten gänzlich unterlassen worden ist, wird sich die Stelle erklären lassen.

Imperator Antoninus A Petroniae. Ex praediis quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex emto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur. id enim fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris. Die Worte id enim fiet geben keinen Sinn. Denn der Fall, welcher mit diesen Worten eingeleitet wird, ist ein gänzlich anderer. Im ersteren klagt der Käufer, im zweiten der Verkäufer; es ist also das Wort enim unmöglich. Wir lesen daher mit Krüger idem fiet oder id etiam fiet. — Es ist nun erstaunlich, daß Keller auf den klaren Sachverhalt, daß es sich um drohende Eviction handelt, nicht aufmerksam geworden ist und so die Consequenzen nicht hat ziehen können. Tiktin und Schlesinger haben zwar die Eviction berücksichtigt, aber doch die eigentümliche Gestaltung, die hier entsteht, nicht beobachtet, eine Gestaltung, die erst die exceptio verständlich macht. Die Belastung mit einem dinglichen Recht wurde nemlich ganz ähnlich, wie das vitium behandelt.

Wie Bechmann[1]) nachgewiesen hat, erzwangen die Ädilen auch hier die Garantie allgemein und dieses Verfahren wurde auf das prätorische Edikt ausgedehnt. Das Rechtsmittel war die actio redhibitoria fr. 28 Dig. aed. 21,1 Gajus ad Ed. Ced. Cur. I. Si venditor de his quae edicto Aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses vel quanti emtoris intersit intra sex menses.

Diese actio redhibitoria war aber allem Anschein nach eine arbitraria. Es ist dies zwar von Hanausek[2]) bestritten. Allein beweisend ist nicht nur das unten zu besprechende f. 45 h. t., bei dem das eigenthümliche condemnari videtur nur in dieser Weise Erklärung findet, sondern auch f. 43 § 9 D., in welchem ganz direct von einem arbitrium judicis in der actio redhibitoria gesprochen wird.

f. 45 D. Aed. Ed. 21,1 lautet aber: Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem; modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. Nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii et accessionis condemnari j u b e t u r; si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli [v i d e t u r condemnari.] Das arbitrium iudicis wird von Bechmann[3]) gewiß richtig dahin angegeben.

a) Der Verkäufer soll Garantie leisten, thut er dies, so wird er frei gesprochen;

b) thut er dies nicht, dann wird er angehalten, den Kauf rückgängig zu machen durch Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückempfang des Sklaven;

c) fügt er sich nicht, dann erfolgt auch formelle Verurtheilung auf das Doppelte. Dadurch erklärt sich auch der scharfe Gegensatz von condemnari j u b e t u r und condemnari v i d e t u r.[4])

---

[1]) Bechmann Kauf I. S. 401 ff.

[2]) Hanausek, die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare S. 24 ff.

[3]) Bechmann Kauf I S. 404. A. 1.

[4]) Das videtur ist durch die besten Handschriften bezeugt. Und da bei dem oben charakterisirten Streitstande keine Lesart passender ist als diese, indem es zu einer realen Condemnation gar nicht kommt, so liegt den Gegnern der Beweis einer andern Lesart ob.

Die Redhibition ist, wenn die Rückgabe bereits erfolgt ist, nur noch eine ideelle. Und dasselbe gilt, wenn der beklagte Käufer die Zahlung des pretium weigert und durch exceptio redhibitio verlangt.

Die redhibitoria ist nun nachweislich ausgedehnt worden auf Fälle, in denen das Ädilen-Edikt nichts vorsehen konnte. Non solum de mancipiis, sed de omni animali hae actiones competunt, ita, ut etiam, si usum fructum in homine emerim, competere debeant.

Das ädilitische Rechtsmittel wurde also auf alle Thiere und ebenso auf dingliche Rechte ausgedehnt.

Und ebenso auf Grundstücke f. 49 Dig. Aed. Ed. 21, 1: Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere nequaquum incertum est, veluti si pestilens fundus distractus sit: nam redhibendus erit.

Und es ist nicht der mindeste Grund, anzunehmen, daß die actio redhibitoria nicht auch zur Erzwingung der Garantie wegen evictio imminens zulässig wär, also wegen Belastung mit dinglichen Rechten. Denn man bedenke, daß auch das Ädilen-Edikt de mancipiis als vitium die Belastung mit einem wenigstens bedingten dinglichen Recht ansah: die Behaftung des Sklaven mit noxa.

Nun gehört aber die Belastung mit einem Pfandrecht, und die Zulässigkeit der actio Serviana nachweislich zu den Evictions-Gefahren. Demnach ist Nichts erklärlicher als die obige Stelle. Der Käufer kann mit der actio emti redhibitoria erlangen (consequeris), daß der Verkäufer die Sache von der Pfandlast befreit. Es tritt hier angesichts der nachgewiesenen Belastung mit einem Pfandrecht nicht erst Garantie-Zwang bezüglich dieses vitium ein, sondern direct Ablösung wird verlangt. Und wenn der Verkäufer das pretium einklagt, so erlangt der Käufer exceptione doli posita, daß in derselben Weise verfahren wird.

Warum freilich die exceptio hier als exceptio doli bezeichnet wird, dafür lassen sich mancherlei Gründe angeben. Einmal mag bei solchen praedia das Garantie-Verfahren noch nicht üblich gewesen sein; dann aber kann die exceptio als eine in factum als exceptio doli conzipirt worden sein.

III. Wir wenden uns nun zu einer dritten Gruppe von Stellen, bei denen allerdings die exceptio doli als Einrede des

nicht erfüllten Vertrages erscheint. Gajus IV, 126 a. Item si argentarius pretium rei, quae in auctionem venit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emtor damnetur, si ea res quam emerit tradita est, et est iusta exceptio.

Um hier gleich die Betrachtung auf die richtige Grundlage zu stellen, ist darauf aufmerksam zu machen, daß es heißt

si ea res quam emerit tra*διτaē* |||

||| *ιusτaexcepτιo*. —

Die Lesart, welche Dernburg[1]) und Bechmann[2]) haben: quae est prima facie iusta exceptio ist völlig unmöglich. In die Lücke auf Zeile 23 können höchstens zwei Buchstaben, in die am Anfang von Zeile 22 nur ein Buchstabe fallen. Und es kann deshalb die Ergänzung et est justa exceptio als die glücklichste, ja einzig zulässige betrachtet werden, wenn man auf den Sinn achtet. Die Dernburgsche Lesart muß aber um so mehr verworfen werden, als sie in die Stelle den Sinn hineinträgt, als ob diese exceptio eine selbstverständliche sei, die auch ganz abgesehen von dem besonderen Fall, daß ein Argentarier in einer Auktion verkauft hat, stattfinde. Wer aber diese Stelle unbefangen liest, wird zugestehen müssen, daß nur ein Jurist, welcher keine allgemeine gegen jede actio venditi zulässige exceptio non adimpleti contractus kannte, so schreiben konnte. Denn es hat keinen Sinn, diesen ganz speziellen Fall zu nehmen, wenn es eine allgemeine exceptio doli (n. i. c) gab. Der Grund, weshalb hier eine exceptio nöthig ist, liegt also ganz offensichtlich in der Klage des Argentarius aus der Auktion. Und wir erfahren aus der oben citirten pompejanischen Wachstafel, daß das pretium stipulirt wurde. Ob auch ein Literal-Contrakt konkurrirte, kann dahingestellt bleiben.

Das pretium wird also aus einer selbständigen obligatio eingeklagt. Die stipulatio stellt sich auf Seiten des promissor als ein dem dare analoges Handeln dar. Und nicht diese promissio ist in sich bedingt, sondern die promissio ist eine datio ob causam. Und es wird nun die promissio durch exceptio condizirt; die exceptio ist defensive condictio obligationis re non secuta. Wäre dieselbe nicht condictizisch, sondern eine einfache Vertrags-Einrede, so müßte der Kläger nunmehr repliziren: si tradita est (oder si

---

[1]) Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 68.

[2]) Bechmann Kauf I S. 570.

non tradita non est). Davon ist aber keine Rede, sondern dem Beklagten wird die exceptio exceptionis entgegengestellt: aut si praedictum est ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emtor solveret. Diesen ganz speziellen, höchst komplizirten Fall hätte Gajus um so weniger gewählt, als, wie diese Stelle ergiebt, die Exzeptions-Natur selbst hier sogar zweifelhaft war. Denn Gajus muß es erst versichern, daß dies eine exceptio sei. Den Zweifelsgrund erkläre ich mir daraus, daß die stipulatio allmählich in ihrer Bedeutung herabsank und mehr als obligationum firmandarum causa geschlossen betrachtet wurde.

III. Verwandt mit dieser Stelle ist f. 5 § 3—5 Dig. exc. doli 44,4: Actoris, qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior dolus nocet. — Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit et redhibitus sit domino; agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet etiam is, qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam mercis non traditae exceptione summovetur, qui pecuniam domino iam solvit: et ideo is, qui vendidit, agit adversus dominum. Eandem causam esse Pedius ait eius, qui negotium nostrum gerens vendidit.

Die exceptio redhibitionis ruft zunächst gar kein berechtigtes Bedenken hervor. Der Käufer macht, wie gegen jeden Verkäufer die actio de pretio reciperando auf Grund freiwilliger Redhibition exzeptivisch geltend. So wenn wir ganz von dem Doppelt-Verhältnis zu dem venditor und dem hinter ihm stehenden dominus absehen. Weniger ist es aber zu erklären, daß der Käufer die Redhibition an den dominus geltend macht. Hier kann man sich nur auf den Standpunkt stellen: Der Käufer macht die actio negotiorum gestorum contraria gegen den Verkäufer als exceptio doli geltend. Der Käufer würde nämlich insofern des Verkäufers Interesse gewahrt haben, als er, statt gegen ihn mit der actio redhibitoria vorzugehen, direct mit dem dominus gewandelt und jenem, dem Verkäufer, sowohl diese Klage als die Auseinandersetzung mit dem dominus erspart hat.

Völlig überflüssig ist aber in diesem Fall der Zusatz: auch wenn der Verkäufer dem dominus bereits den Kaufpreis bezahlt hat. Ganz unerklärlich aber wird die Stelle, welche von der exceptio mercis non traditae spricht, ein Passus, der allerdings den Verdacht einer Einschiebung zuläßt. Was kümmert es den

Käufer, ob der Verkäufer seinen Vormann befriedigt hat oder nicht? Er hält sich an diesen und keinen Andern.

Wenn wir aber von der Wahrscheinlichkeit einer Interpolation absehen, so bedürfen wir trotzdem nicht einmal des vermittelnden Bandes der Delegation. Der als actor, Vertreter, handelnde Verkäufer läßt sich das pretium einfach stipulando versprechen, oder nach der Verabredung expensoferirte er den Kaufpreis, sei es auf Grund eines zwischen ihm und dem Käufer geschlossenen Kaufgeschäftes (einer res aliena) oder ohne bindendes materielles Geschäft. In diesem Fall war dann die formelle Obligation ganz wie ein abstraktes dare anzusehen und die obligatio war ebenso zu kondizieren. Es lassen sich hier alle Fälle des condictio sine causa denken. fr. 1 § D. cond. sine causa 12,7: Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est, condictionem locum habere.

Mag daher eine Stipulatio oder eine expensilatio das Geschäft perfizirt haben, immer erklärt sich die exceptio: insbesondere hier die mercis non traditae.

Überdies war die stipulatio des pretium auch bei einfachen Käufen etwas sehr häufiges. Aber sie war hier keine Nothwendigkeit, sondern nur üblich. Wenigstens giebt es dafür keinen sicheren Anhaltspunkt. Und daß die stipulatio certi mit der condictio eingeklagt wurde, dafür sind ebenfalls sehr gewichtige Quellenzeugnisse vorhanden.

Die Gewohnheit, das pretium zu stipuliren, hatte auch noch den Zweck, eine expromissio vorzunehmen oder Bürgen zu erhalten. Dies führt auf eine Stelle des Varro, welche gleichfalls für und gegen die exceptio non impelti contractus verwerthet worden ist.

IV. Varro R. R. II. 2, 5. (Bruns, Fontes 5. Auflage S. 388). In emtionibus (ovium) iure utimur eo, quo lex praescripsit: in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt .... De reliquo antiqua fere formula utuntur, cum emtor dixit: „tanti sunt mi emtae?“ et ille respondit „sunt“ et expromisit nummos: emtor stipulatur prisca formula sic: Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est, extra luscam, surdam, minam (id est ventre glabro) neque de pecore morboso esse habereque recte licere: haec sic recte fieri spondesne? Cum id factum est, tamen

grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos; et ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Bei der großen Unklarheit und mangelhaften Überlieferung ist die Stelle natürlich nur mit größter Vorsicht nach irgend einer Richtung hin zu verwerthen. Ferner aber ist kein Grund, diese Stelle, bezüglich der Stipulationen des Kaufpreises, wenn eine solche überhaupt aus derselben zu entnehmen, als Typus für alle Käufe von anderen res nec mancipi oder formlosen Käufe von res mancipi anzusehen. Nicht jeder Kreditkauf mußte durch Formal-Obligation geschlossen werden. Beweise für die entgegengesetzte Behauptung sind bisher nicht geliefert.

Die Stelle zeigt nun folgenden Vorgang: Nachdem der Kauf nach den Vorverhandlungen perfekt geworden: Tanti? sunt, wird ein creditum des Kaufpreises begründet: et expromisit nummos. Die Preisforderung ist offensichtlich schon mit den Worten „sunt" begründet. Sie wird aber durch eine expromissio neu befestigt. Damit ist die einseitige Erzwingbarkeit völlig erklärt. Nicht durch die emtio venditio, sondern durch die expromissio wird die unabhängige Klage geschaffen.

Dabei ist noch auf folgendes aufmerksam zu machen, worauf ich bei der Unklarheit der Stelle indeß nicht zu viel Gewicht legen will: die Worte nisi si est adnumeratum[1]) bezieht sich m. E. nicht auf die Zahlung des Käufers, sondern bezeichnet die Leistung des Verkäufers. Der grex ovium ist hier, wie eine Quantität vertretbarer Sachen gedacht, nicht als eine universitas. Es liegt dies in den Vorverhandlungen ausgedrückt, nach welchen nicht die ganze Heerde in Bausch und Bogen gekauft wird. Das adnumerare bedeutet das Zuzählen der Schaafe. Ausdrücklich heißt es ja bei der Vorverhandlung ut agni cordi duo pro una adnumerentur. Es geschah also eine ähnliche Zuzählung, wie beim Kauf einer Quantität.

Demgemäß heißt es: Der grex ändert das Eigenthum nicht eher, als bis zugezählt ist. Dies ist natürlich hier, wo die Vertragschließenden anwesend sind, zugleich Tradition. Und so wird

[1]) Viele lesen: nisi si aes est adnumeratum. Bechmann Kauf I S. 359 A. 2.

uns die besondere Wirkung noch deutlicher. Es liegt eine satisfactio vor im Sinne von fr. 11 § 2 Dig a. e. v. 19, 1: facio et emptorm dominum, si modo pretium est adnumeratum aut eo nomine satisfactum. Varro sagt deshalb m. E.: Bei expromissio geht trotzdem das Eigenthum am grex erst durch die Zuzählung (von Hand zu Hand) über. Auch kann der Käufer nach der expromissio auf die Uebergabe klagen, obwohl er nicht bezahlt hat. — Er illustrirt damit den Satz, den er vorher II. 1. 15 ausgesprochen hat: neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini.

V. Daß schon zu Labeos Zeit der Kauf Zug um Zug vollzogen werden mußte, beweist f. 78 § 2 Dig. 18, 1 Labeo 4 poster. a Javoleno epitomatorum. Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur, et cet.

Die Vorleistung des pretium mußte also besonders bedungen sein. Wie man daraus den Schluß ziehen kann, daß zu Labeos Zeit der Verkäufer ungünstiger als der Käufer gestellt gewesen sei, vermag ich mir nicht zu erklären.

Im Uebrigen ist noch ein Punkt dabei bemerkenswerth: Der fundus wird vielfach als res mancipi bezeichnet (Ulpian XIX, 1). Die emtio war dann durch mancipatio zu vollziehen. Bei dieser war aber die solutio eine imaginaria geworden. Und andrerseits heißt es bei Gajus I, 121: praedia vero in absentia solent mancipari. Zu den praedia zählt auch der fundus als praedium rusticum.

Bei solcher mancipatio in absentia mußte noch eine traditio, ein ingredi, induci in fundum, eine vacuae possessionis traditio nachfolgen.

Gajus IV, 131: Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: ea res agatur de fundo mancipando, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi .... ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla superit actio.

Der Käufer also muß, wenn er nicht des Anspruches auf vacuae possessionis traditio verlustig gehen will, präskribiren. Es trennen sich mancipatio und vacuae possessionis traditio. Und so kann der Verkäufer bereden, daß der Käufer nach erfolgter Manzi-

pation das Grundstück erst dann tradiert erhalten solle, wenn er den Kaufpreis bezahlt habe. Die Verschiebung der Vollzugs-Gegenseitigkeit ist Wirkung der mancipatio mit imaginaria solutio. Da aber der fundus in absentia manzipirt wird, so wird noch eine Tradition vorgenommen. Und so kann durch die lex venditionis die natürliche ursprüngliche Gegenseitigkeit wieder hergestellt werden.

VI. Eine fernere exceptio wegen Nichterfüllung findet sich in fr. 25 D. a. c. v. 19, 1. Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium, exceptione uti poterit: si ea pecunia qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est. Ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel injuriarum agere poterit; quemadmodum, si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

Daß diese exceptio nicht gegen die Vertrags-Klage, sondern gegen die actio certae pecuniae oder condictio certi gerichtet ist, wird von den Vertretern der exceptio n. i. c. selbst zugegeben.

Dernburg, Compensation 2. Aufl. S. 65. Und daß es sich um keine Vertragsklage handeln kann, geht aus dem Wortlaut der exceptio deutlich hervor. Die intentio der actio venditi lautete nicht auf pecuniam dare oportere, sondern auf quidquid dare facere oportet (fr. 27 de nov. 46, 2). Vom Standpunkte der exceptio n. i. c. müßte übrigens diese exceptio gleichzeitig auch eine replica enthalten; denn die Behauptung der traditio wäre Replik. Die ganze Formel dieser exceptio aber widerstrebt ganz und gar einer exceptio non adimpleti contractus; es wird mit derselben ja gerade nicht auf die causa hingewiesen, aus welcher die actio erhoben ist; vielmehr darauf, daß die pecunia für die res, quae venit, verlangt wird. Es müßten also zwei causae vorliegen, während doch Leistung und Gegenleistung ex eadem causa stammen (Gajus IV, 61).

Eine eigenthümliche Bemerkung macht Bernhöft zu dieser Stelle. Er erkennt an, daß man sich dem Schlusse Kellers, — es liege actio ex stipulatu vor, nicht entziehen könne, setzt aber dann hinzu: „denn es ist nicht anzunehmen, daß bei einer actio venditi zugleich zu untersuchen sein soll, ob die geforderte Summe für die gekaufte Sache verlangt wird." Nein! gewiß nicht! Denn der

venditor, welcher ex vendito klagt, muß selbst nachweisen, quid-quale quantumve venditum sit. Denn sonst hat die Klage überhaupt keinen Inhalt. Würde er aber schlechthin ohne jegliche demonstratio auf dare opertere intendiren, dann freilich müßte der Richter sehr scharfsinnig sein, um errathen zu können, der Kläger habe eine actio venditi beabsichtigt. Wie ferner dem Richter libera potestas compensandi gegeben werden konnte, ohne daß die Gegenleistung auch nur zur Sprache gebracht werden konnte, ist mir unerfindlich. Und, wenn auch eine falsche Demonstration dem Kläger meist nicht schaden sollte, so durfte sie ihm doch in keinem Falle nützen, indem etwa bei Ungewißheit darüber, was verkauft sei, der emtor zur Zahlung des pretium verurtheilt wurde. Wurde der reus infolge von Unbestimmtheit des Objectes absolvirt, so trat keine Consumtion ein, weil das von dem Kläger geforderte Object nicht in litem deduzirt war.

VII. Zu erwähnen ist endlich fr. 50 Dig 19, 1: Bona fides non patitur ut cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Die einzig zulässige Erklärung ist wohl die des Cujacius, daß das legis beneficium tabulae novae bedeute. Auffallend ist dabei nur, daß keine exceptio dazu dient, sich der Vertrags-Klage gegenüber zu vertheidigen. Denn diese Befreiung durch Gesetz ist mehr der Grund zur Auflösung des Vertrages, ähnlich der redhibitio (ad resolvendam emtionem). Allein, wenn man das nondum est ex emto actio, welches wir hier in nondum est ex vendito actio umstellen, dahin auffaßt, daß die Leistung des Klägers dessen actio bedingt, so fällt diese Bedingung nicht weg, wenn sie aufhört, Inhalt einer obligatio zu sein. Wir erhalten dann ein ähnliches Rechtsverhältnis, wie beim negotium claudicans.

Allein dem widerstrebt die Fortsetzung der Stelle: possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem petita ei neque vendidisset neque tradidisset.

Das Räthsel dieser Stelle vermag ich nicht zu lösen. Nur eine Vermuthung sei gestattet. Wenn wir die Annahme des Cujaz anerkennen, daß tabulae novae in Frage stehen, so haben wir es mit einem der vis maior ähnlichen Ereignisse zu thun. Bei

dieser war es nun anscheinend Rechtssatz cf. fr. 33—34 locati, daß sie bei der emtio venditio bis zum Momente der Erfüllung von einer Seite Resolution bewirkte. Der Verkäufer eines Grundstücks, dem dasselbe durch Publikation entzogen wird, muß das pretium restituiren. Ebenso, wenn es ihm durch räuberischen Einfall oder sonstige höhere Gewalt entzogen wird. Ist aber das Grundstück übergeben, so trägt der Käufer auch das periculum vis maioris. Und wie in diesem Falle der Käufer als Gläubiger die Gefahr der Sache trägt, so trägt auch der Verkäufer als Gläubiger des pretium die Gefahr des Schuldverlasses nach erfolgter Tradition der Sache. Er verliert seine Forderung ebenso, wie wenn er gar nicht verkauft und tradiert hätte und ein Vermögens-Object durch höhere Gewalt verlöre, d. h. es trifft ihn die Gefahr ebenso, wie wenn er seine eigene Sache verlöre.[1]) — Von gewöhnlichem periculum aber kann schon deswegen hier keine Rede sein, da es an Geld als an einem absoluten Genus überhaupt keine Gefahr giebt. Die emtio des Geldes ist, so zu sagen, erst mit der Aushändigung perfect, weil Geld als Geld keine Spezies ist und eine solche auch nicht durch Ausscheidung wird.

Damit haben wir alle Quellenzeugnisse erledigt, mit welchen die exceptio non adimpleti contractus begründet wird. Sämmtliche haben sich uns als nicht beweiskräftig ergeben, vielmehr geben sie einen Beweis des Gegentheils.

Wir resümiren:

1. es giebt eine exceptio redhibitoria ev. redhibitionis,

---

[1]) Die anderen Ansichten, welche über das legis beneficium aufgestellt sind, sind nicht stichhaltig. So die Annahme Bechmanns und Lenels, es sei von einer lex contractus die Rede. Soll eine lex contractus vom Kaufpreis *befreien*, so wäre es gegen die bona fides, wenn der Verkäufer auch von der *actio* emti befreit würde, z. B. wenn die lex bestimmt, daß der Käufer, wenn er irgend eine Leistung macht, befreit sein soll. Die lex commissoria, welche etwa zu Gunsten des Käufers gegeben ist, suspendirt und befreit nicht erst durch bona fides. — Noch unhaltbarer ist die Annahme der lex Cornelia de vi. Danach würde der Verkäufer, welcher nach Tradition der Sache das pretium mit Gewalt eintreibt, sein jus crediti perdere, aber auch die Sache verlieren; dagegen der Verkäufer, welcher die Sache nicht tradirt hat, zwar auf sein ius crediti perdere, aber die Sache nicht hergeben müssen. Und dies würde gewiß nicht der bona fides entsprechen.

2. diese exceptio hat aber mit der Nichterfüllung Nichts zu thun,

3. gegen formale Obligationen, welche im Zusammenhang mit materiellen Verträgen stehen, wird die Nichterfüllung des materiellen Vertrages exceptionis ope geltend gemacht. Diese exceptio wirkt wie eine condictio obligationis und consumirt wegen ihres dolus-Characters,

4. es hat weder eine spezielle noch eine generelle exceptio non adimpleti contractus gegeben.

B. Die Leistung des Klägers bedingt dessen actio.

§ 7. Nondum est ex emto actio.

(fr. 13 § 8 D. 19,1).

Indem wir die Bedeutung dieses Satzes betrachten, haben wir uns zuerst die Frage nach der historischen Entwickelung der consensuellen Austausch-Geschäfte vorzulegen.

Setzen wir dabei in der Zeit vor den ältesten Schriftstellern des Corpus juris ein, so stehen wir auf einer sehr unsicheren Grundlage. Noch immer herrscht Streit, ob der Consensual-Vertrag sich aus dem Real-Contrakt allmählich entwickelt hat. Es stehen sich in dieser Frage zur Zeit vor Allem gegenüber

Costa, il diritto privato nelle commedie di Plauto; Torino 1890 und

Bekker, insbesondere in der Besprechung dieses Werkes in Zeitschrift der Savigny-Stiftung B. 13 Rom. Abth.

Costa hat sich nach sorgfältiger Prüfung dahin entschieden, daß zu des Plautus Zeiten der Kauf ein Consensual-Contrakt gewesen ist. Bekker dagegen ist bei seinem Standpunkte geblieben; er giebt die Entwickelung des Kaufes (S. 66) dahin: „Beim Beginn der Entwickelung wirkt der obligatorische Consens nicht; consequent wäre bei Tauschgeschäften das ohne sofortige Gegenleistung Empfangene allemal sine causa beim Empfänger. Ein Schritt weiter: es ist nicht mehr sine causa beim Nehmer, der Geber hat dafür einen einstweilen unklagbaren Anspruch auf die Gegenleistung erworben, aber es steht jeden Augenblick beim Geber, unter Verzicht auf diesen Gegenanspruch (also selbstverständlich nur, bis er die Leistung aus demselben empfangen) das Gegebene zurückzufordern: condictio propter poenitentiam. Weiter: die beliebige

Rückforderung kommt mehr und mehr außer Brauch, nur wenn das Ausbleiben der Gegenleistung gewiß wird, condictio ob rem non secutam. Dann Klage auf Gegenleistung, actio praescriptis verbis; endlich die andere Klage aus dem Vertrage an sich, ohne Erfordernis der Vorleistung."

Es ist nicht zu leugnen, daß diese Entwickelung durch ihre regelmäßige Stufenmäßigkeit etwas sehr Bestechendes hat. Nur die höchste Stufe scheint mir zu Unrecht angenommen zu sein. Vielmehr würde bei Annahme der Klage ohne Vorleistung der Römische Verkehr einem Manne gleichen, der auf der höchsten Staffel einer Leiter angelangt, noch einen Schritt weiter machen will und nun auf den Boden herunterfällt. Denn durch Vernothwendigung einer exceptio n. a. e. würde der Vertrag wieder auf das Niveau eines Vorvertrags gerichtet, auf do, ut des heruntersinken. Und erst die exceptio würde ihn in den Stand des Consensual-Vertrages zurückversetzen.

Wenn wir aber dieses Stadium streichen, so ist ersichtlich, daß bei dieser Entwickelung die exceptio non adimpleti contractus keine Stelle findet. Denn entweder die actio gegen oder die obligatio des Schuldners wäre dann durch die Vorleistung bedingt.

Ganz selbständig diesem Streit gegenüber steht die Stipulations-Theorie.

Bei Varro stellen sich die Stipulationen, wie wir oben § 6 sub IV bemerkten, als Vollzugsgeschäfte (cf. Bechmann Kauf I S. 459) dar. In diesem Sinne kann es sich um die Stipulationen nicht handeln. Mit den Worten tanti? sunt. ist der Kauf abgeschlossen.

Dagegen kann von einer Stipulations-Theorie in doppeltem Sinne gesprochen werden.

Erste Form nach Bechmanns Formulirung (a. a. O.) Si ego tibi X dare promitto, hominem Stichum nuhi tradere promittis? Promitto. Und darauf: X mihi dare promittis? Promitto. Diese Gestaltung des Vertragsvorgangs erwächst aus der aprioristischen Annahme, daß der gegenseitige Vertrag nothwendig ein Gemisch von Verpflichtung und Gegen-Verpflichtung sein müsse. Deswegen wird zum Inhalt der Bedingung der einen promissio die andere erhoben. Der Zweck der Vereinheitlichung

des Rechts-Verhältnisses wird aber dadurch dennoch nicht erreicht. Denn die zweite promissio ist stets ein selbständiger Akt. Der ganze Vorgang läuft auf einen Vertrag: promitto ut promittas hinaus. Und die Entwickelung würde sich dann doch nur nach der Bekkerschen Hypothese vollziehen.

Freilich würde in diesem Stadium gegen die Klage die exceptio doli wirken können, ähnlich wie bei der Klage des actor (cf. § 6 sub Nro. II). Aber was würde dies bedeuten? Ist die exceptio doli in diesem Falle Berufung auf den Vertrags-Vorgang: Austausch von Stipulationen selbst, so ist sie wirkungslos. Denn diesen contractus hat der Gegner erfüllt, indem er promittirt hat. Die exceptio doli würde daher weiter zurückgreifen müssen, um wirken zu können; sie müßte sich auf das materielle Rechts-Verhältnis berufen. Sie müßte zum Inhalte haben: Nach bona fides bin ich, der Beklagte, nur gehalten, Zug um Zug zu leisten. Die exceptio doli würde also keine andere Wirkung haben, als Beseitigung der rein einseitigen Wirkung der Stipulation und Zurückgehen auf ein materielles Rechtsgeschäft, das Leistung Zug um Zug zum Inhalte hat. Unter solchen Umständen kann aber der einzige Zweck der stipulatio nur die obligationum firmandarum causa sein.[1])

Ganz anders verhält es sich mit der zweiten Form: Zwei bedingte Stipulationen, bei welchen die Erfüllung des Inhalts der einen Bedingung der andern ist:

Spondesne mihi X dare, si tibi Stichum tradidero.

Spondesne mihi Stichum tradere, si tibi X dedero. Auch dieser Form fehlt es an einer historischen Beglaubigung. Aber sie ist durchaus nicht so inept, wie vielfach angenommen wird. Zwar würde allerdings zunächst jede der beiden Stipulationen durch die Weigerung der Annahme der Gegenleistung inutilis gemacht werden können. Allein schon das ius civile stellte den Satz auf, daß bei Vereitelung der Bedingung die Erfüllung der Bedingung angenommen wird: Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quominus stipulator condicioni pareret.

---

[1]) Eine historische Beglaubigung fehlt überdies dieser Hypothese: Demelius Zeitschr. für Rechtsgeschichte II S. 280. Bechmann Kauf. I S. 460 ff.

Immerhin mangelt es diesem Vorgang an zwei wesentlichen Momenten des Consensual-Contraktes:

1. es fehlt die unitas actus,

2. es fehlt die bona fides zu Lasten des Gläubigers. Denn die der stipulatio beizufügende clausula doli (cf. Kuntze Kursus § 655) enthielt nur die Garantie des promissor, nicht die des Stipulanten, dolum malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse. Und mit Recht werden deshalb diese Stipulationen als obligationum firmandarum causa abgeschlossen bezeichnet.

Damit haben wir die möglichen historischen Vorstufen der Verträge auf Leistung Zug um Zug betrachtet. Alle ergeben ein sicheres Resultat: eine exceptio non adimpleti contractus ist bei ihnen sämmtlich ausgeschlossen. Vielmehr ist die Erfüllung Klagbedingung. Die exceptio doli würde da, wo sie infolge der Klage aus der stipulatio nothwendig wird, nicht Erfüllung geltend machen, sondern die Stipulation auf den materiellen Vertrag zurückführen.

Bei dieser Sachlage konnte aber ersichtlich der Fortschritt zum bonae fidei iudicium nicht in der Einführung einer exceptio non adimpleti contractus bestehen, sondern nur darin war eine Entwickelung zur Billigkeit möglich, daß der Kläger, wenn er nicht erfüllt hatte, nicht schroff abgewiesen wurde, sondern noch nachträglich erfüllen durfte, resp. daß der judex durch Compensation diese Erfüllung dem Werthe nach herstellen konnte. Daß diesen Fortschritt das R. R. gemacht hat zu Gunsten beider Parteien kann gar nicht genug gerühmt werden. Denn in den überwiegendsten Fällen handelt es sich nicht um den bösen Willen der Vertragstheile, sondern um subjective Ungewißheit darüber, ob eine Partei ihre Pflicht erfüllt hat oder nicht. Und so ist die arbiträre Natur des judicium das einzig Gerechtfertigte.

Nachdem wir so die historischen Vorstufen in möglichster Kürze betrachtet haben, gehen wir nun zur Zeit der Juristen des Corpus Juris, insbesondere zur klassischen Römischen Jurisprudenz über.

Zur Erläuterung unseres Satzes: nondum est actio ist zuerst der Einfluß der einen Obligation auf die andere ins Auge zu fassen, alsdann die Bedeutung des Wortes actio zu betrachten.

Wir hoben schon hervor, daß Leistung und Gegenleistung bei

Verträgen Zug um Zug sich inhaltlich nicht beeinflussen können. Sie können dies nur als Werthe, indem der Werth des einen als Minuendus des anderen zu berechnen ist, was bei der Compensation zum faktischen Ausdruck kommt. Zu fragen ist aber hier: In welchem Verhältnis steht die Leistung des einen zu der Pflicht auf reale (naturale) Leistung des anderen? Der R. R. kennt hier die drei Formen modus, dies und condicio. Was den modus betrifft, so dürfte Pernice, Labeo III darin beizustimmen sein, daß derselbe eine genaue begriffliche Ausbildung und Abgrenzung im R. R. nicht erreicht hat. Im Savignyschen Sinn suspendirt der modus nicht, aber zwingt. In diesem Falle hätte die eine Leistung der Pflicht zur andern gegenüber eine volle Selbständigkeit und eine exceptio hätte keine Wirkung. Würde sie aber Wirkung haben, so würde es eben die Verwandlung eines solchen in ein Klagfundament sein.

Sehr wohl dagegen läßt sich an eine dies denken. Die Erfüllung könnte die dies veniens hervorrufen. Bedenken wir, daß gerade Termine und Zeitwirkungen durch praescriptio geltend gemacht wurden; und denken uns als die Vorstufe der actio emti, venditi, locati conducti die actio praescriptis verbis, indem sich aus der praescriptio die demonstratio entwickelte, so ließe sich ein gewisser Zusammenhang nicht ableugnen.

Auch wäre diese praescriptio nicht die allein mögliche. Wir können auch an ein pactum denken, welches die actio aufschieben solle. Kniep[1]) hat der praescriptio de pacto, welche Savigny in eine de facto verwandelt hatte, zu ihrem Rechte verholfen. So wie etwa das pactum, welches das pignus an den Invecten und Illaten begründete, könnte ja auch die Sache für die Gegenleistung als verpfändet gedacht werden. Oder aber das pactum konnte wie eine Stundungseinrede wirken. Alles dies konnte praescriptis verbis gesichert werden. Aber mochte Derartiges nun Gegenstand einer praescriptio pro reo oder einer exceptio sein, dieses pactum war jedenfalls ein pactum in continenti factum, welches nach fr. 7 § 5 Dig. de pact. II, 14 format ipsam actionem si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint. War deshalb an ein pactum gedacht und haben

---

[1]) Kniep, Praescriptio und Pactum 1891 § 7 S. 60 ff.

praescriptio und praescripta verba überhaupt etwas gemein, so war diese praescriptio jedenfalls Klag-Fundament. Allein dies sind so weit gehende Combinationen, daß es besser ist, die ars nesciendi zu üben und uns an die Entwickelung zu halten, die die emtio venditio in den Quellen bereits zeigt.

Und hier stellt sich das Verhältnis von Leistungs- und Gegenleistungs-Pflicht als das einer durch den Vertrag gegebenen Befristung dar: fr. 13 § 20: item usurae post diem traditionis. Hier ist in der That der Satz wirksam: dies interpellat pro homine.[1])

Als dies aber im engern Sinne faßten die Römer im Gegensatz zur condicio nur diejenige Zeitbestimmung auf, deren Eintritt gewiß ist, so daß die demnächstige Wirksamkeit des Vertrages gewiß ist. Und in diesem Sinne ist die actio nicht als befristet gedacht, sondern als bedingt.

Was aber hat man hier unter actio zu verstehen?

Der Satz nondum est actio stammt von Ulpian und demnach aus später Zeit. Trotzdem möchte ich den Gedanken dieses Satzes in frühe Zeit zurückverlegen. Es ergiebt sich dies zunächst schon aus dem weitgehenden Begriff der plus petitio tempore, wie oben erwähnt wurde. Im stricti juris judicium wurde mit dem nondum est actio voller Ernst gemacht. f. 9 pr. D. R. C. 12,1: dummodo praesens est obligatio. Und eben eine Wirkung des bonae fidei juditium war es, daß diese Wirkung nicht so strikt eintrat.

Actio heißt wörtlich Handlung, agere ist Handeln, insbesondere einem Menschen gegenüber: agere cum aliquo. Die Bezeichnung actio in rem ist sprachlich unvollständig; es ist ein participium perfecti passivi zu ergänzen. Und dieses kann nicht etwa „facta“ sein, also etwa actio in rem facta. Denn es wäre nur möglich actio cum re facta, wie man cum aliquo agirt, nicht in aliquem. Der Ausdruck actio in rem bezieht sich sichtlich auf die Spruch- oder Schriftformel, die in rem od. in personam conci-

---

[1]) Daß dieselbe Consequenz nicht auch dann gezogen wurde, wenn der Gegner die Annahme der zu übergebenden Sache weigerte, zeigt sich schon aus dem Satz: fr. 24 pr. Dig. 22, 1: Si quis solutioni quidem moram fecit iudicium antem accipere paratus fuit, non videtm fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit.

pirt war, also eine intentio in rem od. personam hatte. **Actio in rem** bezeichnet in dieser Benennung schon das Mittel, **mit dem agirt** wurde; es ist in übertragener Bedeutung von der Formel gebraucht, **mit** welcher man Klage erhebt. Die actio in rem ist niemals **Hand**-lung gegen eine Sache. Und wenn es wahr ist, was **Bechmann** (leg. act. sacr. in rem) annimmt, daß die actio in rem im Legisaktionen-Prozeß mittelst gewaltsamen Wegholens der Sache eröffnet wurde, so wäre auch dieses Ergreifen nicht actio in rem, sondern nur das Mittel, durch welches man die actio in rem intenta erhebt. Dieses Ergreifen stünde dem Mittel gleich, welches den andern Legisaktionen ihren eigenthümlichen Charakter giebt: es wäre actio per adprehensionem (oder dergl.), wie die l. a. per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem.

Auch ist die actio in ursprünglicher Bedeutung kein Rechtsgeschäft;[1]) denn das agere cum aliquo ist nicht von dem Willen des Gegners abhängig. Die Legisaktionen sind sämmtlich einseitige Akte: der vindicatio steht die contravindicatio gegenüber; mußte dies aber nicht, wie die in iure cessio beweist. Legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem sind geradezu Vergewaltigungen des Beklagten.

Wohl aber ist agere cum aliquo eine gegen einen Menschen als Gegner gerichtete Handlung. Es ist Verwirklichung einer Wirkung gegen den Gegner, von der der actor behauptet, sie sei eine Rechtswirkung. Diese Verwirklichung ist im älteren Recht meist Selbsthilfe, in fortgeschrittenem Zustande giebt das judicium das Mittel, die condematio aber erst die Legitimation zur Verwirklichung. Aus der juristischen Handlung aber entwickelt sich der Begriff actio zu dem: juristisch erfolgreiche Handlung. Actio wird Recht auf erfolgreiche Handlung.

„So ist die actio gleichsam die Hand, welche den Schuldner-„willen erfaßt und drängt. Nach dem Recht des alten nexum „konnte der Gläubiger selbst Besitz von der Person ergreifen." So mit Recht Kuntze, Cursus § 597. Derselbe sagt dann „Obligationen" S. 70: „Das Recht im Zustande der Geltend-

[1]) So Wlassak, Pautlys Real-Encyklopädie v. actio.

machung ist Anspruch; Anspruch und actio decken sich insofern." Und dies führt auf die Unterscheidung von actio und Anspruch, und damit zu der näheren Bedeutung des Begriffs: est actio resp. nondum est actio. Es ist richtig, daß actio nicht bedeutet, daß eine Condemnation nöthig sei, wie dies bei den Statusklagen der Fall ist. Est actio bedeutet aber denjenigen Punkt, in welchem eine bestimmte Rechtswirkung ein Befehl oder Verbot eingetreten ist; sodaß eine actio zu ihrer Erzwingung zulässig ist. Actio und Anspruch sind in dieser Bedeutung dasselbe." [1]) Der Jurist nemlich, welcher alle Rechtswirkungen naturgemäß in Beziehung auf das Gericht ins Auge faßt, identifiziert actio mit Anspruch d. h. die Wirkung, daß das dare facere oportere erzwingbar eingetreten ist; den Moment, wo die exactio pecuniae, die persecutio debiti dem objektiven Rechte entspricht. Aber wie Kuntze richtig hervorhebt, ist actio nicht unbedingt gerichtlicher Anspruch; so z. B. in den Ausdrücken: actionem praestare, actionem cedere.

Actio ist demnach Realisirung eines zu Gunsten Jemandes bestehenden Befehles der Rechtsordnung gegen seine Schuldner und, weil dieser Rechtsbefehl wirklich vorhanden ist, Recht auf Realisirung. Dieser Begriff ist dem Gedanken nach gewiß hohen Alters. Und so auch das nondum est, nondum competit actio. Dies um so mehr, als die actio ursprünglich des judicium in vielen Fällen gar nicht bedurfte, sondern durch Selbsthilfe (per pignoris capiorum, per manus iniection) geschah. Hier war also die Frage, ob die actio fällig war, eine noch viel brennendere, weil der Kläger nicht blos die Gefahr des Prozeßverlustes, sondern sogar die der poena lief. So wird denn auch die Frage der Fälligkeit der

---

[1]) Für die hier gestellte Frage ist die Entscheidung, ob im R. R. die Klage actio, oder das Recht das prius gewesen sei, nicht entscheidend. (Vgl. Windscheid, die actio des röm. Civilrechts 1856. Derselbe die actio Abwehr gegen Dr. Muther 1857. — Pandekten I § 44 A. 5. — Muther, zur Lehre von der Röm. Aktio 1857.) Denn es steht fest, daß der Prätor eine Formel für die verschiedenen in Betracht kommenden Klagen proponirt hatte. Von diesem Standpunkte aus war es dasselbe, wenn der Jurist sagte: est actio oder est ius eius quod sibi debeatur iudicio persequendi. Denn jedenfalls war mit der Proponirung der Formel oder mit der Verheißung: judicium dabo das Recht begründet. Und von diesem Standpunkte aus kommt die Frage: estne actio? in Betracht.

Klage in voller Breite bei Varro in der § 6 II besprochenen Stelle bezeichnet: Nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos. Es wird als Wirkung der stipulatio priscae formulae bezeichnet, daß der emtor den venditor damniren könne d. h. wohl mit der manus iniectio gegen ihn vorgehen, jedenfalls zur Erzwingung der Leistung schreiten könne. So erklärt sich auch, weßhalb die von Varro mitgetheilten Manilischen Formeln actiones genannt werden. Diese Formeln dienten dazu, die Obligationen in damnationes zu verwandeln, indem sie von ihrer causa abgetrennt wurden.

Actio also bedeutet Erzwingbarkeit; est actio bezeichnet den Moment, in welchem das, was Inhalt der Verpflichtung des Schuldners ist, das, wofür er haftet, Wirklichkeit geworden sein müßte; und eben darum muß actio eintreten, weil dies noch nicht geschehen ist. (Umgekehrt bei obligationes non faciendi.)

Daher ist non dum est actio natürlich nicht dahin zu verstehen, daß dem Kläger etwa die actio (Formel, judicium) denegirt werden dürfte. Denn das Recht auf judicium[1]) ist davon völlig unabhängig, ob actio eingetreten ist. Im bonae fidei judicium insbesondere hätte der Judex gar nicht zur Compensation ex eadem causa kommen können, wenn das judicium von der Fälligkeit der actio abhängig gewesen wäre. Vielmehr konnte der Kläger durch Nacherfüllung seine actio fällig machen, wie von der actio pigneraticia ausdrücklich gesagt wird. Und eben dies war Wirkung der arbitären Natur des bonae fidei judicium resp. eine der Wirkungen der Clausel: ex fine bona, die nicht minder zu Gunsten des Klägers als des Beklagten wirkte.

Freilich aber entsprach diese Milde nicht immer dem officium judicis. Denn sie war nur aus dem Gesichtspunkte heraus gerechtfertigt, daß der Kläger klargestellt haben wollte, ob die Bedingung seiner actio erfüllt sei oder nicht. Sehr wohl konnte der Judex den Beklagten schlechthin freisprechen. Und, da die actio des Klägers von der des Beklagten unabhängig ist, so trat nur Consumtion dieser ein. Dem Beklagten blieb die actio gewahrt: Evidenter enim iniquissimum est, proficere rei indicatae ex-

---

[1]) Kuntze, Obligation S. 72 ff. Nr. 1 u. 2. Weißmann, Haupt-Intervention S. 76.

ceptionem ei, contra quam judicatum est. Vom Standpunkte der actio emti kann der Käufer erfüllen, von dem der actio venditi muß er erfüllen; vom Standpunkte der actio venditi kann der Verkäufer erfüllen, von dem der actio emti muß er erfüllen. Und als Inhalt einer Bedingung betrachtet, gewinnt die Leistung eine große Modulationsfähigkeit, die in Theil III zu betrachten ist.

§ 8. Venditor quasi pignus retinere potest rem quam vendidit.

Diesen Satz sprechen die Quellen wiederholentlich aus.

f. 31 § 8 Dig. Aed. Ed. 21,1: Nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat.

f. 14 § 1 Dig. de furt. 47,2: plane si antequam pecuniam solveres, rem subtraxerit, furti achone teneri, perimde ac si pignus subtraxisset.

f. 22 D. her. vend. 18,5 Quaesitum est, in corpore pereditaria pignoris nomine teneantur; respondi nihil proponi, cur non teneantur.

Es ist zunächst zu betonen, daß dieses Verhältnis dem pignus stets nur verglichen wird. Von diesem unterscheidet sich dasselbe in doppelter Beziehung

1. es besteht von selbst; es ist weder ein gegebenes noch ein genommenes Pfand;

2. es ist ein übervollkommenes,[1]) ein Eigenthums-Pfand, wie die fiducia; das Eigenthum besteht einfach fort. Aber schon die einfache Pfandhaftung genügt, um die Überflüssigkeit einer exceptio n. i. c. zu beweisen. Und es sei nur noch darauf verwiesen, daß umgekehrt für den emtor dasselbe gilt, nur daß ein Pfand an einen absoluten Genus, wie das Geld keinen Sinn hat.

Einen Beleg für die Zwecklosigkeit der Einrede ergiebt die Formel der actio pignoraticia directa; denn diese enthielt zweifellos einen Hinweis auf die Zahlung des debitum oder die Satisfaktion: fr. 9 § 3 pigni act. 13, 7: Omnis pecunia exsoluta esse debet, ut nascatur pigneraticia actio. Demnach war die Zahlung der Schuld Fundament dieser Klage.

---

[1]) Bekker, Pandekten I § 28 A. f.

§ 9. Retention und retinere per exceptionem doli mali.

Aber ist nicht etwa diese Retention erst Ausfluß einer exceptio doli mali? Prüfen wir, wie die Retention entsteht. Zunächst sind freilich die retentiones ex dote in keiner Weise für unsere Frage zu verwerthen. Die impensae necessariae mindern zwar die dos ipso iure. Aber:

1. Die dos ist ein Complex von Gegenständen, sie besteht aus bona und es kommen daher die Impensae necessariae als Minuenden in Betracht, indem sie als Werthe den Werthen gegenüberstehen.

2. Die dos ist solange in den Händen des Ehemanns, als die Ehe dauert; er wird als Eigenthümer bezeichnet, gleichzeitig ist sie Frauengut. Somit vertritt der Ehemann gleichzeitig seine Ehefrau, so daß nothwendige Verwendungen von der Ehefrau selbst ausgegangen zu sein scheinen.

Demnach dürfen wir von den retentiones ex dote und der Retention wegen Auslagen nicht unsern Ausgang nehmen.

Retinere heißt Zurückhalten. Insofern ist es Fortsetzen des tenere, also Beharren in einem bestehenden Zustande, Widerstand gegen Veränderung, nicht Herstellen eines neuen Zustandes. Immer handelt es sich dabei um die Beziehung zu den Mitmenschen. Denn die Verhinderung der Beseitigung der Sache durch Natur-Ereignisse oder durch Thiere ist kein juristisch-relevantes retinere[1]). So kann das retinere auch durch Anwendung geistiger Mittel, welche auf die Vorstellung Anderer einwirken, geschehen.

Die Retention hat zur nothwendigen Voraussetzung die naturalis possessio (auch trotz civilis possessio). Diese besteht darin, daß externe Rechte die Sache vor dem Zugriff Anderer schützen. Der Schutz, welcher den externen Rechtsgütern zu theil wird, übt diese Nebenwirkung. *Wo daher naturalis possessio vorliegt, kann Jeder retiniren, mag er dadurch vertragsmäßig handeln oder nicht, mag er in mora, bonae oder malae fidei possessor sein.* Schon das R. R. hat jedenfalls seit der lex Julia de vi die Anspruchs-Verfolgung durch vis d. h.

---

[1]) Es sei denn als Ausführung einer Verpflichtung zur custodia.

unter vorsätzlicher Verletzung externer Rechtsgüter verboten und mit Strafe bedroht.

Die Retentions-Möglichkeit ist daher kein Recht durch sich, sondern eine günstige Lage, die auch dem Unberechtigten zu gute kommt, weil selbst der Berechtigte nicht ohne Verletzung der Rechte an andern Gütern über die Sache verfügen kann.

Kann deshalb jeder natürliche Besitzer retiniren, so sprechen doch die Quellen von retiniren-können in einem andern Sinn, in dem nemlich, daß Jemand infolge eines Rechtsgrundes, entweder eines Vertragsrechtes oder einer sonstigen justa causa (fr. 20 Dig. de poss) die Herausgabe, die Restitution, die Ablieferung verweigern könne. Diese Wirkung ist aber Nichts weiter als ein Verzug, der durch irgend einen Rechtsgrund gerechtfertigt wird. Das Retiniren-können ist eine Suspension der Ablieferungspflicht.[1]) Denn der Retinent erwirbt nicht das mindeste neue Recht, seine Rechtslage verändert sich in keiner Weise, seine Pflichten bleiben dieselben; er ist zur selben custodia und diligentia verpflichtet, wie vorher.

Diese Suspension der Ablieferungs-Pflicht muß einen Rechtsgrund haben. Sie kann primo loco im Vertrage selbst liegen. Der Commodatar, der Miether, Pächter retinirt während seiner Nutzung und zu dieser Retention ist gewiß keine exceptio nöthig. Denn die Ablieferungs-Pflicht ist erst nach Ablauf des Vertragsverhältnisses fällig. Die Suspension der Ablieferung liegt also im Vertrage selbst. Aber die Ablieferungs-Pflicht kann durch besondere Umstände noch weiter hinausgeschoben werden. Es gibt drei Hauptfälle:

a) actio contraria,

b) exceptio doli,

c) nondum est actio.

Seit Savigny ist es nun herrschende Ansicht, daß die Retention nichts weiter als exceptio doli sei. Diese Ansicht hat den Vorzug, daß sie die Retention selbst nicht als Recht betrachtet, sondern nur den Rechtsgrund in Erwägung zieht, welcher die Ablieferungs-Pflicht hinausschiebt.

Sie ist aber insofern unrichtig, als die exceptio doli keineswegs der einzige Rechtsgrund des berechtigten Verzuges, welcher in der Retention liegt, ist. Denn die actio contraria wirkt auf die

---

[1]) Dernburg, Compensation. 2. Aufl. S. 367.

Ablieferungs-Pflicht von selbst ein, nicht erst exceptionis ope. Trotz aller Bemühungen wird es nicht gelingen, aus den Quellen zu erweisen, daß die Retention auf Grund einer actio contraria ope exceptionis doli geschehen mußte. Nur da, wo keine actio contraria zulässig ist, wird der Verzug durch exceptio doli gerechtfertigt. Während im ersteren Fall schlechthin von retinere gesprochen wird, heißt es im zweiten defendere per doli mali exceptionem [1]) selten retinere per doli mali exceptionem; immer aber wird die exceptio doli hervorgehoben, sobald keine actio contraria zulässig ist.

Daß dies nicht aus dem Satz doli mali exceptio inest bonae fidei judicio erklärt werden kann, beweist die Thatsache, daß z. B. gegen die actio locati expensae utiles durch doli exceptio geltend gemacht wurden, wie überhaupt die sehr zahlreichen Stellen, in denen die exceptio doli eine solche bleibt, obwohl sie bonae fidei judicio in est, z. B.:

fr. 4 § 27 D. exc. doli 44, 4. — fr. 39 pr. Dig 10, 2. — fr. 13 § 9 D. a. e. v. 19, 1. — fr. 77 Dig. leg. I 30. — fr. 6 u. 7 Dig. ad SC. Vellej. 16, 1. — fr. 59 § 1 D. aed ed. 21, 1. — fr. 16 § 1 D. pro socio 17, 2. — fr. 2 § 1 D. qu. rec. act. n. d. 44, 5, und vor Allem die exceptio doli in den oben besprochenen c. 5 Cod. VIII, 45.

Es stehen sich demnach schroff die Retention ipso iure, wenn dieser Ausdruck zulässig ist, und ope exceptionis gegenüber. [2]) Die letztere findet besonders statt gegen die rei vindicatio, die condictio, die actio ad exhibendum.

Das officium judicis, welches den judex zur Prüfung des Thatbestandes einer exceptio doli verpflichtete, erklärt diesen Gegensatz gleichfalls nicht. Denn auch bei der rei vindicatio ist es officium judicis, die Impensen-Ansprüche zu berücksichtigen; aber erst dann, wenn der Beklagte die exceptio doli einlegt fr. 48 Dig. V. R. 6, 1, verum exceptione doli opposita per officium ju-

---

[1]) cf. die sämmtlichen bei Schenk, die Lehre vom Retentionsrecht aufgeführter Stellen S. 31. A. 6 u. 7, S. 33 A. 1 u. 2. — S. 34 A. 3, 35 A. 8, 36 A. 10., ferner Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. B. § 93 A. 8—11.

[2]) Dies übersieht Goldschmidt a. a. O. § 93—35.

dicio aequitatis ratione servantur. Dies officium judicis ist nur ein Hinweis auf den arbitratus de restituendo.

Und dennoch ist in beiden Fällen der materielle Rechtsgrund derselbe: Impensen, Verwendungen oder Schäden durch die Sache, die der Retinent erlitten hat.

Das verbindende Glied aber, welches bei den Verträgen die ipso iure Retention bewirkt, ist zwar die bona fides, aber u. E. in einer ganz bestimmten Art ihrer Wirksamkeit; es ist die custodiae lex, die Verpflichtung zur Obhut und Pflege der Sache. Die geschuldete Diligenz erfordert es, daß der Auslieferungs-Pflichtige nothwendige Impensen macht. Und weil die Anwendung dieser Sorgfalt seine Pflicht ist, so muß er auch den gerechten Aufwand erstattet verlangen können. So kommt es, daß der Depositar zwar actio contraria hat, aber überhaupt nicht wegen Impensen retiniren kann; seine Ablieferungs-Pflicht ist trotz der Impensen nicht suspensiv bedingt. Der in Coll. X, 2 § 6 vertretener Standpunkt ist eine Sondermeinung des Modestinus, die offenbar keinen Anklang fand und auch im Corpus Juris keine Aufnahme gefunden hat; Dig. 16, 3, 23. Auch widerlegt sich Modestin selbst, indem er dem Depositar trotz der Retention die actio furti abspricht. Die actio contraria aus Schaden aber wirkt als Noxal-Anspruch ipso iure.

Demnach ist es richtig, daß der Entstehungsgrund der Suspension der Ablieferungs-Pflicht ein Recht ist, welches in sich besteht, wie eben die exceptio doli des Beklagten bei der rei vindicatio zeigt; es ist aber unrichtig, daß das sog. Retentions-Recht selbst ein Recht sei. Der conträre Anspruch ist ein Hindernis der Ablieferung. Der Restitutions-Pflichtige kann nicht ohne Schädigung restituiren, der Kläger nicht ohne ungerechte Bereicherung die Sache empfangen. Der Verzug ist nothwendig. Und da dies Hindernis in Ausführung von Vertrags-Pflichten entstanden ist, so wirkt es kraft des Vertrages, ohne exceptio doli. Der Beklagte hat non alias zu restituiren, als bis er (quam si) befriedigt ist.[1] Ein arbitrium beseitigt diesen Conflikt.[2]

---

[1]) Goldschmidt a. a. O. § 93 A. 10 § 94 A. 26. 27.

[2]) Wenn es gestattet ist, unabhängig von dem, was die Römischen Juristen direct aussprechen, die Retention wegen actio contraria zu

Indeß, wenn auch diese Suspension kraft Vertrages erfolgt, begründet wird diese Hinausschiebung der actio directa doch erst durch Eintritt der betr. Thatsache: Impensen, Schaden. Man kann diese actio contraria insofern mit der exceptio postea facta fr. 7 § 6 Dig. de pact. II, 14, vergleichen. Allein sie ist nicht exceptio, sondern wirkt Suspension der Klage. Eine exceptio dilatoria in diesem Sinne, daß ihre Einlegung die Klage als verfrüht erscheinen ließ, kraft des Vertrags-Verhältnisses, gab es im R. R. nicht. Das pactum de non petendo war ein durchaus selbständiger Vertrag, der überdies ganz dem Vertrage fremde Zwecke verfolgte. Ein pactum in continenti factum aber format ipsam actionem.

Wenn nun aber schon die actio contraria aus Real-Contrakten eine exceptio nicht begründete, obwohl doch die sie begründenden Ereignisse erst später eintreten, wie viel weniger kann dies der Fall da gewesen sein, wo das einzige Ereignis, durch welches das Recht zu retiniren begründet ist, der Vertrag selbst und der Umstand, welcher diesen Verzug rechtfertigt, die Nichterfüllung des Vertrages ist?

§ 10. Die Natur des bonae fidei judicium.

Wir haben in den vorigen Paragraphen nachgewiesen, daß sich von einer exceptio non adimpleti contractus in den Römischen Rechtsquellen keine Spur findet, wir haben ferner gezeigt, daß die Erfüllung wie ein dies wirkt, daß dieselbe die actio suspensiv bedingt, daß das Object der Leistung des Beklagten demselben wie ein Pfand haftet und zwar aus demselben Vertrage, daher ipso iure, so daß dieser Pfandnexus, soweit man ihn überhaupt als solchen betrachten darf, erst durch Leistung beendet wird.

Nunmehr ist nachzuweisen, daß die exceptio non adimpleti contractus der Structur des bonae fidei judicium widerstrebt.

---

construiren, so möchte man dieselbe der Sequestrution, der Neutralisirung (ipso iure) gleichstellen. Denn actio directa und contraria halten sich die Waage hinsichtlich der Sache; die Wirkung ist das neutrum nostrum (fr. 3 pr. D. U. P. 43, 17.) Daß der Retinent und nicht der Gegner dieses neutrum vertritt, rechtfertigt sich aus seiner naturalis possessio und der Potiorität des Prohibenten in pari causa. Gelöst kann diese Neutralisirung nur durch arbitriatus werden, während bei der Retention des Vermiethens der Miether Klagerhebung verlangen kann.

Zunächst sei noch darauf hingewiesen, daß Gajus, welcher solch verhältnismäßig unbedeutende exceptiones dilatoriae ex tempore — und um eine solche müßte es sich ja handeln, — wie die exceptio litis dividuae und rei residuae ausführlich erläutert, diese exceptio nicht erwähnt.

Mögen wir aber die exceptio als dilatoria oder als peremtoria ansehen, so bleibt sie für das bonae fidei judicium in gleicher Weise undenkbar. Ich behaupte: Nur dadurch, daß sowohl die actio contraria als auch der Gegenanspruch des Beklagten aus dem Vertrage nicht Gegenstand einer exceptio war, war das bonae fidei judicium und die libera potestas compensandi erst denkbar.

In dem officium judicis war die Würdigung der exceptio doli und pacti enthalten. War daher die Nichterfüllung Gegenstand einer exceptio doli, wie man sie ja darstellt, so mußte dieselbe berücksichtigt werden, wenigstens dann, wenn sie der Beklagte geltend machte. Aber auch ohne die Geltendmachung war sie nothwendig durch den Inhalt der Klageformel selbst in litem deduziert.

Wenn sie daher der Judex nicht zur Wirksamkeit führte und den Beklagten ohne Compensation verurtheilte, so wäre sein Gegen-Anspruch definitiv erloschen gewesen, weil er damit abgewiesen war. Aber eben diese Wirkung trat nicht ein fr. 7 D. comp. 16, 2: Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei judicatae exceptio obici potest. Umgekehrt: War die Nichterfüllung Gegenstand einer exceptio, so war sie dispositiv; denn der excipiens ist actor; der Beklagte mußte sie nicht geltend machen; er konnte jedenfalls auf dieselbe verzichten. Dann konnte sie der Judex selbst dann nicht berücksichtigen, wenn sie exceptio doli (praesentis) war. Aber dies widerstrebt der Thatsache der libera potestas compensandi. Denn nach dieser war dem Judex freie Hand gelassen, auch die nicht geltend gemachte Forderung des Beklagten materiell zu berücksichtigen. Und zwar war die materielle Wirkung dieser Berücksichtigung durchaus die einer exceptio. Denn sie vernichtete die zu einer Geldforderung novierte Forderung des Klägers (condemnari oportere) im Betrage ihres Werthes.

Einerseits war also der Judex keineswegs durch die Geltendmachung des Gegenanspruchs gezwungen, demselben Gehör zu geben

und ihm eine vernichtende Wirkung einzuräumen, andrerseits konnte er ihm einen solchen auch ohne den Willen des Beklagten geben. Gewährte er einen solchen Einfluß nicht, so war dies nicht res judicata, sondern die petitio blieb gewahrt. Und endlich konnte sich die compensatio gegen den Kläger selbst wenden. Beharrte nemlich Kläger auf seiner Forderung, ohne daß der Richter zu der Ansicht gelangen konnte, daß er erfüllt habe, so konnte die Sache dadurch zum Abschluß gebracht werden, daß Compensatiŏn eintrat.

Klarheit kommt in die Sachlage nur, wenn man den Einfluß des Gegen-Anspruchs als die Klage suspensiv bedingend ansieht. Die Leistungs-Pflicht des Klägers und des Beklagten stammt ex eadem causa (Gajus IV, 61) und ist deshalb das Gegentheil von dem Inhalt einer exceptio. Dieselbe causa kann nicht Ursache der exclusio des durch sie Begründeten sein.

Jeder, welcher die obligatio des Klägers als in litem deduziert annimmt, muß ferner diese consumiert werden lassen.[1]) Nach unserer Ansicht dagegen hat bei Abweisung der Klage wegen Nichterfüllung wohl der Kläger seine actio verloren, soweit eadem res vorliegt, nicht aber der Beklagte. Da aber für jede Klage die Leistung des Klägers Bedingung ist, so ist diese Bedingung nicht dadurch consumirt, daß die obligatio und actio, deren Inhalt sie ist, consumirt ist. Und dies um so weniger, als (fr. 6 D. comp. 16, 3) Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. Durch Abweisung der actio venditi wurde nicht die actio oder obligatio emti consumirt und umgekehrt. So konnte denn auch der Beklagte, welcher nach erfolgter compensatio noch ein Saldo zu fordern hat, dieses einklagen.

---

[1]) Eine fernere Annahme wäre noch die, daß nicht die Nichterfüllung als exceptio, sondern die Erfüllung im Wege derselben geltend gemacht würde. Die exceptio wäre dann in condemnationem gerichtet gewesen (fr. 2 pr. Dig. except. 44, 1). Als solche wäre sie noch am ersten denkbar. Allein dagegen spricht, daß der bonorum emptor cum deductione klagen muß. Die Gegenleistung stellt sich also auch hier, wo der bonorum emtor nicht die Sache, sondern nur die bona gekauft hat, als Bedingung der condemnatio resp. infolge der Compensabilität als Minuend der Condemnations-Summe dar. Vor Allem aber spricht gegen diese Annahme, daß der Judex freies Ermessen hatte, ob er compensiren wolle oder nicht. Durch Abweisung der Compensation trat keine Consumtion ein.

Hatte dagegen Kläger erfüllt, so wurde Beklagter schlechthin verurtheilt. Hatte ferner Kläger die Leistung vollständig angeboten, gleichfalls. Aber dies lag nicht immer im Interesse des Klägers, der auch von den Gegenansprüchen befreit sein wollte. Auch in diesem Falle mochte der Judex Compensation vornehmen. Auch gab es Fälle, in denen Kläger durchdrang, ohne daß er Minderung durch Compensation zu dulden oder eine Nachklage zu gewärtigen hatte. War der Beklagte in Annahme-Verzug und der Kläger hatte Aufwendungen gemacht, so konnte mit diesen compensirt werden. Der Judex konnte es aber auch bei der Retention bewenden lassen; in diesem letzteren Fall kann man von einer Verweisung ad separatum sprechen. Eine Verweisung ad separatum der primären Gegenforderung wegen Illiquidät aber ist deshalb undenkbar, weil Illiquidät des Anspruchs ex eadem causa Illiquidität des ganzen Vertrags-Verhältnisses zur Folge hatte. Denn es standen dann die Bedingungen nicht fest, unter welchen die actio des Klägers gestellt war.

Zu diesem Resultate muß man nothwendig kommen, wenn man in der freien Compensations-Befugnis des Judex nicht freie Willkür, sondern freies Ermessen ex aequo et bono sieht, für welches sich selbstverständlich Rechtssätze ausbildeten, wenn sie nicht schon feststanden, als der Formular-Prozeß entstand.

Die Compensation des judex im bonae fidei judicium ist daher niemals Erkenntnis über eine exceptio. Denn soweit es sich um die reale Leistung handelt, die im arbitrium judicis zur Geltung kommt, suspendirt die actio contraria die actio des Klägers. Soweit es sich aber um Compensation handelt, ist sie wiederum nicht Entscheidung über eine exceptio als solche; vielmehr bleibt die petitio auf das Saldo gewahrt.

Fr. 18 § 4 Dig. 13, 6: sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat aut judex compensationis rationem non habeat aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sino iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

Das heißt: die compensatio ist ein rechnerischer Abzug, wie die deductio resp. reputatio fr. 10 § 9 D. mand. 17, 1, sie ist

ein einfaches Zusammenrechnen von plus und minus. Und eine solche Zusammenrechnung ist bei connexen wie bei nicht connexen Forderungen möglich, weil sich die condemnationes als Werth-Größen gegenüberstehen. Die Aufwägung vollzieht sich allerdings von selbst, weil es sich um res eiusdem naturae atque generis handelt. Ein Recht, das den Begriff der vertretbaren Sachen anerkennt, erkennt auch die Compensation an. Es vollzieht sich aber nicht die compensationis ratio von selbst, d. h. ist Berechnung. Wo es sich daher nicht um eadem causa handelt, da muß der Judex zu dieser compensationis ratio durch den Beklagten veranlaßt werden. Dies geschieht durch exceptio. Wo es sich um Forderung und Gegenforderung auf res eiusdem naturae gewissermaßen ex eadem causa handelt, da muß der Kläger cum compensatione agere; so der argentarius. Wo es sich aber um eadem causa, nicht aber um res eiusdem generis atque naturae handelt, da kann die compensationis ratio in das Ermessen des judex gestellt sein, welcher zu arbitriren hat, ob es billig erscheint, Forderung und Gegenforderung als Condemnations-Summen in Ansatz zu bringen. Daß die actio contraria, obwohl nicht in das judicium deduzirt doch als Werthgröße in Betracht kommt, ist selbstverständlich; denn sie ist schon in ihrer intentio eine Geldforderung.

Die einzige Form, in welcher wir uns die Nichterfüllung als Rechtsgrund einer exceptio doli zu denken vermöchten, wäre die, daß etwa ihre Androhung den Kläger veranlaßte, ein bonae fidei judicium zu verlangen. Bekanntlich kann z. B. der Verkäufer mit einer condictio certi vorgehen. Und es könnte nun der Beklagte ihn durch Androhung der exceptio doli veranlassen, ein bonae fidei judicium zu verlangen.

Allein dies hat er gar nicht nöthig. Denn nach fr. 9 pr. D. R. C. 12, 1 ist die condictio certi nur dann wirksam, dummodo praesens est obligatio. Der Kläger beging eine plus petitio tempore, wenn er nondum competente actione klagte, und verlor den Prozeß (causa cadit, rem perdit Gajus IV, 53).

Und eben der Gefahr der plus petitio tempore zu entgehen, diente dem Kläger das bonae fidei judicium. Denn infolge der incerta intentio vermied er die plus petitio tempore (Gajus IV,

54) und konnte infolge der bonae fidei Klausel doch zu seinem Rechte kommen, indem die arbiträre Natur des judicium es ermöglichte, daß er noch nachträglich erfüllen und dadurch seine actio zur Fälligkeit bringen konnte.

Wenn demnach der Gegenanspruch des Beklagten im bonae fidei judicium nie als exceptio in Betracht kam und daher nicht wie eine actio zur res judicata führte, so war sie doch immerhin Gegenstand der Feststellnng von Thatsachen seitens der Judex. Und insofern präjudizirte sie einem späteren judicium. Deshalb wird diese Entscheidung auch der res judicata gleichgestellt.

fr. 7 § 2 Dig. neg. gest. 3, 5: Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes: verius est, quasi re judicata amplius agi contrario judicio non posse; quia exceptio est judicatae opponenda est.

fr. 7 § 1 Dig. compens. 16, 2: Aliud dicam, si reprobaris pensationum quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

Man sieht, dies ist erst die Ansicht des Ulpian.[1]) Und diese Ansicht bildet er sich erst im Laufe seines Werkes. Im 10. Buch äußert er diese Meinung zaghaft und sich selbst widersprechend; denn er spricht zuerst von quasi, alsdann quia. In Buch 28 dagegen spricht er die Meinung bestimmt aus. Aber doch nur als seine Meinung: aliud dicam. Und in beiden Fällen erkennt er die Consumtion nur im Falle der Verneinung an. Mit Recht. Denn im Falle der Bejahung wird eventuell nur compensirt; das Saldo bleibt gewahrt. Und wenn der Kläger abgewiesen wird, so ist damit die actio des Beklagten nicht consumirt.

Endlich aber scheitert die ganze Annahme, daß die Nichterfüllung als exceptio geltend gemacht wurde an der einfachen Thatsache, daß die exceptio dilatoria ex tempore peremtorisch wirkt (Gajus IV § 123.) Der actor .litem perdit. Dies muß aber keineswegs die Wirkung bei dem bonae fidei judicium sein;

---

[1]) An diese Meinung Ulpians hätte Klöppel, die Einrede der Rechtskraft S. 54, denken sollen, als er den Gegnern gegenüber so schroff auftrat.

sie **kann** es vielmehr nur sein, wenn der Kläger frivol klagt, trotzdem er nicht erfüllt hat.

§ 11. Natur der exceptio.

Von allen Ansichten, die im Laufe dieses Jahrhunderts über die Natur der exceptio geäußert sind, ist meines Erachtens die Savignysche die einzig durchführbare und quellenmäßig begründbare: „Exceptio ist der Römische Ausdruck für diejenige Art der Vertheidigung eines Beklagten, welche auf der Behauptung eines selbständigen Rechts beruht.“ Nur möchte ich diese Ansicht dahin modifiziren, daß an Stelle der Worte „selbständigen Rechts“: selbständige causa gesetzt wird. Die exceptio ist ein Resolutiv-Anspruch im weitesten Sinn und kann deshalb nicht Wirkung derselben causa sein. Denn dieselbe causa kann nicht gleichzeitig Constituirung und Wiederaufhebung von Rechtswirkungen zur Folge haben. Wo ein negotium [1]) scheinbar gleichzeitig resolutive Wirkungen erzeugt, wird es dies nur bedingt thun, indem es die Resolutions-Wirkung noch von einem späteren factum abhängig macht. So ist die lex commissoria eigentlich eine suspensive Bedingung, unter welche die emtio venditio gestellt ist; aber da es noch auf die Entscheidung des venditor ankommt, so wird gesagt: emtio sub condicione resolvitur.

Wir wollen indeß auf diese Ansicht, die wir hier nicht quellenmäßig begründen können, kein Gewicht legen.

Als unzweifelhaftes Charakteristikum der exceptio muß es betrachtet werden:

1. Daß der reus in exceptione actor est. Wir wiesen schon oben die Unanwendbarkeit dieses Satzes auf die exceptio non adimpleti contractus nach. Die Zulässigkeit der conpensatio steht mit dieser Natur der exceptio in unvereinbarem Widerspruch. Das ist anders bei Sachen eiusdem generis. Hier stellt sich der Gegen-Anspruch ex dispari causa in der That als ein Vernichtungs-Anspruch dar, weil der Gläubiger „dasselbe“ zurückgeben müßte.

---

[1]) Dernburg Compensation. S. 544, A. 2. — Savigny, System VI. S. 358.

2. Daß der Exzipient zu beweisen hat. fr. 19 pr. f. 9 Dig. de prob. 22,3. f. 25 § 2 ibid. secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, ve solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit.

Da die exceptio eine actio ist, so kann sie mit der Einrede als Beweiseinrede nicht identisch sein. Denn die Beweiseinrede ist doch kein persequi indicio id, quod debetur!

Das Merkmal der Beweislast aber fehlt der exceptio n. a. c. völlig [1]). Die Thatsache, daß Beklagter unter Umständen durch Aufnahme oder Annahme eine Vermuthung gegen sich begründet, ändert daran Nichts. Denn durch Vorführung dieser Thatsache hat, wie wir schon hervorhoben, der Kläger den Beweis schon angetreten. Die ursprüngliche Beweislast ist also doch auf Seiten des Klägers.

§ 12. Das periculum.

Im Vorübergehen sei hier nur darauf hingewiesen, daß das periculum bei Annahme der exceptio non adimpleti contractus nothwendig Gegenstand einer replica sein müßte, während davon in den Quellen Nichts zu finden. Auf das periculum wird unten in anderem Zusammenhang einzugehen sein.

§ 13. Das negotium claudicans.

Die letzten Zweifel gegen unsere Ansicht werden durch die Betrachtung der negotia claudicantia beseitigt.

Schon Keller hat sie mit Erfolg gegen die Einrede ins Feld geführt. Nur schwächte er die Beweiskraft dadurch ab, daß er die obligatio bedingt sein ließ.

Bekker [2]) läßt aus den gegenseitigen Verträgen zwei Aktionen entstehen. Allein in dieser Allgemeinheit läßt sich seine Ansicht weder bejahen noch verneinen. Da wo Leistung Zug um Zug gefordert wird, trifft es insofern nicht zu, als die actio noch nicht fällig ist.

Selbst Dernburg [3]), der Hauptvertreter der exceptio, läßt

---

[1]) Insofern ist sie auch nicht Einrede im prozessualen Sinne, sondern Zweck der Einrede kann der Nachweis sein, daß nicht erfüllt sei.

[2]) Bekker, Aktionen I Beil. L.

[3]) Dernburg, Compensation. 2. Aufl. S. 73.

sich gelegentlich die Äußerung entschlüpfen: „Höchstens das Klagrecht kann als von einer Bedingung abhängig bezeichnet werden.“ Das ist in den kürzesten Worten unsere Auffassung: nondum est ex emto actio. Ähnlich ist immerhin die Kellersche Ansicht: Die Leistung der Sache liegt, wenn auch nicht in obligatione, doch so zu sagen in condicione (scilicet actionis).

v. Liebes[1]) Ansicht widerstrebt unsrer Auffassung genau besehen nur dem Scheine nach. „Das Geschäft bestand hier in einem Gemisch von Ansprüchen und Gegenansprüchen“. „Leistung und Gegenleistung stehen in einer nothwendigen synallogmatischen Beziehung.“ Dies ist insofern völlig zutreffend, als die aestimatio das verbindende Glied ist. Die Abschätzung, welche dem Kauf oder dem Tausch zu Grunde liegt, enthält den Gedanken: Jeder Contrahent erhält durch den Austausch in einer anderen Sache einen wenigstens für ihn gleichen Werth, meist einen für ihn sogar höheren Gebrauchswerth. Aber dieser Austausch läßt sich real nur durch gegenseitige Bedingtheit der Ablieferung darstellen. Das Recht, zu besitzen (nicht das Recht des Besitzes) wird durch die Gegenleistung beendigt. Nur in Bezug auf die condemnatio pecuniaria stehen sich Obligationen gegenüber, welche sich inhaltlich beeinflussen. Und wie wir oben nachwiesen, war die Schuld des Klägers als solche nicht in litem deduzirt.[2])

Dies ist auch Puntschart[3]) entgegenzuhalten, welcher die Obligation des Pupillen durch dessen Klagerhebung entstehen läßt: Der Pupill macht „nicht blos sein eignes Rechts-Verhältnisses wirksam, sondern erzeugt auch ein vollwirksames Rechtsverhältnis für den Verkäufer.“

Mir scheint, daß bei dieser Auffassung ein zu unbestimmtes Etwas entsteht. Der ursprünglich nicht Verpflichtete, ja sogar Geschäftsunfähige begründet danach tutore auctore sowohl ein

---

[1]) v. Liebe, die Stipulation. S. 248.

[2]) Wenn die Römer eine Feststellungsklage gekannt hätten, ließe sich von einer in iudicium deductio reden. Aber selbst als solche wäre sie nicht in judicium deduzirt, weil sie nicht als actio in Betracht kam, sondern schlechthin als Bedingung. Cf. auch v. Savigny System VI S. 358: Rechtskraft der Gründe.

[3]) Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des Römischen Privatrechts. S. 179 § 13.

Rechts-Verhältnis zu seinen Gunsten als zu seinen Ungunsten. Selbst von Puntscharts Standpunkte aus, den wir hier nicht zu prüfen haben, sind doch gewisse condiciones juris bereits erfüllt. Das negotium ist doch eine nothwendige Bedingung für die Möglichkeit der Klage. Der Pupill kann sich selbst aber nicht verpflichten. Damit fällt die Möglichkeit nicht weg, daß die Rechtsordnung die Erfüllung dessen, was seine obligatio hätte sein sollen, zum Inhalte einer reinen Bedingung der actio erhebt. Ohne jegliches oportet kann diese Bedingung von der Seite des Pupillen her erfüllt werden. Und selbst wenn er klagt, so wird er dadurch nicht obligirt, sondern das arbitrium judicis befiehlt dem Gegner non alias die Leistung, als wenn von Seiten des Pupill die Bedingung erfüllt wird, deren Inhalt allerdings rechtswirksame Erfüllung ist. Erst wenn der judex die Berechnung macht, zieht er die unwirksame obligatio inhaltlich in seine Entscheidung, indem er sich sagt: Vom Standpunkte des Geldwerthes hat der Pupill nur den Werth der Leistung des Beklagten minus des Werthes der Leistung des Pupillen zu fordern.

Die ganze Lehre aber, welche von der Unabhängigkeit der Klage von der Erfüllung der entgegenstehenden Obligation ausgeht, verkennt die natürlichen Absichten der Parteien. Keine der Parteien will sich abstrakt zur Leistung verpflichten. Und für die Rechtsordnung liegt kein Grund vor, diese Pflicht zu einer abstrakten zu erheben. Der Verkäufer denkt sich das ökonomische Resultat stets in der Weise verwirklicht, daß er keine Einbuße erleidet, obwohl er seine Sache weggiebt und umgekehrt. Und es ist schon ein weiteres Verfahren, wenn er an Stelle des realen Empfangs des Objects die erzwingbare Zusicherung desselben stellt, wenn er also eine selbständige Forderung an die Stelle setzt. In der Abschätzung (aestimatio) ist der Vertrag selbst da so gedacht, wo ein unmittelbarer Austausch undurchführbar ist. Es ist deshalb nicht ganz zutreffend, wenn Dernburg sagt: „Man kann sehr wohl aus den synallagmatischen Contrakten Forderungsgläubiger werden, ohne verbunden zu werden.“ Es ist dies wenigstens in dem Sinne nicht richtig, in welchem dieser Satz einzig für die exceptio n. i. c. eine Stütze zu bieten vermag. Denn selbst die aus der locatio conductio rei mit den Pupillen entstandene obligatio wird als ungerechtfertigte Bereicherung condizirt.

Nur in unserm Sinne trifft aber der Satz zu, indem bei einseitiger Verpflichtung die Erzwingbarkeit bedingt ist.

Bechmann hat, um das genetische Synallagma als ausnahmsloses Prinzip zu beweisen, eine obligatio naturalis des Gläubigers angenommen. Diese Ansicht ist jedenfalls für den wissentlichen Kauf einer gestohlenen Sache nicht haltbar. Hier beschränkt sich die Wirksamkeit der emtio venditio nur auf ein Synallagma im Vollzug, in der Art, daß der Verkäufer erfüllen kann, um seine Klage zu erzeugen.

Wo aber ein solches Synallagma im Vollzuge nicht denkbar ist, da entsteht in der That eine einseitige Gebundenheit. Doch kann der Schuldner das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung condiziren f. 5 § 1 Dig. auct. tut. 26,8.

Gehen wir nun zur Betrachtung der einzelnen Fälle über, so finden sich drei Arten:

1. das Kaufgeschäft des Sklaven,
2. das Kaufgeschäft des Pupillen sine tutoris auctoritate, wenn der Mündige weiß, daß seine Gegenseite ein Pupill ist.
3. der Kauf einer Sache, von welcher der Käufer weiß, daß sie gestohlen ist, während der Verkäufer dieß nicht weiß.

1. Was den ersten Fall betrifft, so ist nicht zu bestreiten, daß der Sklave ein Geschäft abschließt.[1]) Und dies läßt sich nur aus unserer Ansicht erklären. Der servus erwirbt seinem dominus die obligatio; diese ist aber natürlich nur unter denselben Bedingungen klagbar, unter denen sie es auch dann wäre, wenn der servus seinen dominus wirksam verpflichten könnte. Dabei ist nicht zu leugnen, daß dem dominus auch eine obligatio naturalis zuerkannt ist und daß sie durch Compensation zur Berechnung kommt; aber in litem deduzirt wird diese Obligation nicht, sondern nur compensationis ratione bis zum Betrage der Klagforderung berechnet. Es ist dies dieselbe Art der Berechnung, wie beim Interusurium. Was aber eigentlich berechnet wird, ist hier die Bereicherung. Der dominus, welcher klagt, ohne zur Erfüllung

---

[1]) Bechmann, Kauf II S. 186 ff. Bechmann nimmt bei allen hinkenden Geschäften eine naturalis obligatio des Nichtverpflichteten an.

bereit zu sein, erlangt seine Forderung abzüglich der Bereicherung, welche dadurch entstehen würde, daß er die Erfüllung durchsetzt, ohne selbst erfüllt zu haben.

Und insofern man den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung eine naturalis obligatio nennt, treten wir Bechmann voll und ganz bei (fr. 5 Dig. auct. tut. 26,8). Aber immer gilt dies nur vom Gesichtspunkte der compensationis ratio.

2. Der zweite Fall ist der Vertrag mit einem Pupill sine tutoris auctoritate, wenn der Mündige den Sach-Verhalt kennt.

Auch bei diesem Geschäft wird allerdings eine naturalis obligatio anerkannt. Man kann sogar von zweierlei naturales obligationes sprechen.

Einmal wird wirklich die sine tutoris auctoritate erfolgte Verpflichtung als eine naturalis obligatio angesehen; dann aber entsteht aus der Empfangnahme der Gegenleistung ohne Leistung eine Klage auf Herausgabe der Bereicherung. Und diese ist es, welche zum Gegenstande der Compensation resp. Retention erhoben wird. Dem Mündigen steht keine Nachklage auf den Überschuß zu.

Es kann also keine Rede davon sein, daß wie z. B. Puntschart annimmt, das bisher unwirksame Rechts-Verhältnis der obligatio pupilli durch Anstellung der Klage zu einem wirksamen erhoben wird, sondern dem Mündigen steht Retention zu. Derselbe wird unter der Bedingung zur Erfüllung aufgefordert, daß der Pupill cumtutoris auctoritate erfüllt. Im Hinblick auf die realen Leistungen erscheinen daher die Ansprüche als in ihrer Klagbarkeit durch die Erfüllung bedingt. Bei der Compensation zieht der Judex die Bereicherung ab.

fr. 3 § 4 D. neg. gest. III,5: Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius quod gessit patitur. Daß die Bereicherung, welche compensirt wird, mit der identisch ist, welche von den Mündigen selbständig eingeklagt wird, ist nicht nöthig. Namentlich bei der negotiorum gestio kann die Bereicherung wohl den Anspruch der actio negotiorum gestorum contraria übersteigen. In die com-

pensationis ratio wird nur das hineingezogen, wodurch sich der Pupill durch die Klage bereichert, daher nur bis zum Betrag der Klage.

Im Übrigen aber ist unsere Ansicht deutlich ausgesprochen in folgenden Stellen:

fr. 5 § 1. Dig. de auct. (26, 8): Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo nisi in quantam locupletior factus est.

fr. 13 § 29 Dig. de a. c. v. 19, 1: Si quis a pupillo, sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

pr. Instit. de auct. tut. 1, 21: Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur . . ., ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

Es wird hier mit der größten Bestimmtheit gesagt, daß der Pupill nicht obligirt werde, der Mündige aber werde obligirt. Desgleichen wird gesagt: ex uno latere constat contractus. Auf die anderwärts anerkannte naturalis obligatio ist jedenfalls für die Klage des Pupillen kein Gewicht zu legen, weil nirgends gesagt wird, dieselbe werde durch Klagerhebung in das judicium deduzirt. Als eine Bedingung der actio aber wird das, was Inhalt der obligatio pupilli sein müßte, angesehen in fr. 7 § 1 Dig. de resc. vend. 18, 5. Es wird hier die Frage aufgeworfen, ob ein Pupill, der zuerst tutore auctore einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, nachher sine tutoris auctoritate vom Vertrage abgehen könne, und ob es in diesem Falle gerade so zu halten sei, wie wenn der Pupill gleich anfänglich sine tutoris auctoritate den Vertrag geschlossen hätte. Das wird aus Gründen der bona fides verneint. Dieses Verhältnis aber wird nun dahin charakterisirt: ut scilicet ipse (pupillus) non teneatur, sed agente eo retentiones competant. Und mit Recht stellt man hierzu in Parallele den Fall des wissentlichen Kaufes einer res furtiva: Nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet. Für den nicht verpflichteten Kläger ist die Erfüllung nur Erfüllung einer Bedingung. Bei dem Kaufgeschäft des Pupillen bedarf es aber natürlich zur Er-

füllung dieser Bedingung der tutoris auctoritas, weil der Pupill ohne dieselbe nicht wirksam veräußern kann.

3. Bei den obigen Fällen konnte man noch eine obligatio naturalis auf Seite der nicht wirksamen Verpflichteten annehmen. Diese Möglichkeit verläßt uns aber in dem oben erwähnten dritten Fall des wissentlichen Kaufes einer res furtiva, wenn der Verkäufer davon Nichts weiß.

Eine naturalis obligatio des Verkäufers, die gestohlene Sache zu liefern, widerstrebt jeglichem Rechtsgefühl.

fr. 34 § 3 Dig. 18, 1: Si emtor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet.

Der Vertrag ist auch hier nur auf einer Seite rechtsbeständig. Und dies ist ganz einfach zu erklären, wenn man die emtio venditio als zwei Obligationen erzeugend denkt, deren Klagbarkeit je durch die Erfüllung der anderen bedingt ist. So kann in der That die eine völlig wegfallen, kraft Rechtssatzes oder aus einem anderen Grunde, und die andere in der Weise bestehen, wie sie auch bestehen würde, wenn die erstere nicht weggefallen wäre. Sittlich verwerflich wäre es, wenn der Verkäufer zur Lieferung der gestohlenen Sache verpflichtet würde, sittlich verwerflich wäre es, wenn der Käufer ihn dazu verpflichten könnte. Aber es ist durchaus berechtigt, daß dem Verkäufer die Möglichkeit bleibt, sich die Sache zu verschaffen und die Bedingung zu erfüllen. Und selbst durch Klagerhebung kann der Verkäufer keine solche naturalis obligatio auf sich nehmen. Vom Compensations-Standpunkt ist es hier auch wieder die Bereicherung, die berechnet wird.

Auch ist es nicht richtig, daß, wie Bechmann annimmt: der wissende Käufer „retentionsweise den Vertrag, nicht die Bereicherung geltend mache.“ Denn es heißt ja ausdrücklich, daß der venditor non obligabitur. Unsittlich ist nur die obligatio des Verkäufers, nicht aber die Bedingung; denn diese kann derselbe durchaus redlich erfüllen.

4. Angesichts dieser Sachlage fügen wir noch einen vierten Fall zu den oben besprochenen. Der Richter kann im bonae fidei judicium sehr wohl dahin kommen, den aus einem zweiseitigen Vertrage auf Leistung Zug um Zug Klagenden abzu-

weisen, weil nondum est actio. Damit ist die actio des Klägers consumirt. Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer etwa nach fr. 9 D. R. C. 12, 1 die condictio certi erhebt und abgewiesen wird, weil die obligatio nicht praesens ist. Es wäre eine große Ungerechtigkeit, wenn dann auch die actio des Beklagten (und seine Forderung) consumirt wäre: fr. 16 Dig. exc. rei jud. 44, 2: Evidenter enim iniquissimum est proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est. Dies ist aber die Consequenz der Annahme einer materiellen Gegenseitigkeit der Obligationen.

III.

Modifikation.

Das so gewonnene Resultat ist ein anscheinend wenig befriedigendes. Und dies ist gewiß der Grund gewesen, daß man den klaren Wortlaut des Satzes nondum est ex emto actio dahin umzudeuten versuchte, daß dies erst Wirkung des exceptio sei.

Bei unserer Ansicht nemlich steht der Austausch doch nicht definitiv fest, sondern der Consensual-Vertrag beschreibt ihn nur. Da keine Partei vorzuleisten hat, so ist jede Vorleistung Creditiren. Jeder Contrahent könnte dem andern das Gleichgewicht halten; keiner könnte die Leistung erzwingen. Und eine beständige Latenz des Vertrages wäre die Folge.

Die einfachste Aushilfe aus diesem Dilemma wäre die Annahme einer Empfangs-Pflicht. Daß es aber eine solche Annahme-Pflicht im Römischen Recht gegeben habe, dafür ist nicht der geringste Beweis vorhanden. Wäre die Compensation Exekution der Annahme-Pflicht gewesen, so hätte sie auch auf den Überschuß lauten müssen, was ja durch die Quellen ausdrücklich verneint wird.

Bleiben wir bei der Bedingung der actio, so ist zunächst zu fragen, wann eine Bedingung erfüllt ist resp. als erfüllt gilt.

§ 14. Erfüllung der Bedingung.

Die Erfüllung der Bedingung liegt dann vor, wenn das eingetreten ist, was Inhalt derselben war. Wenn nun eine reine Potestativ-Bedingung in Betracht kommt, so kann es sich nur um die Frage handeln, ob der Bedingungs-Belastete Alles gethan hat, um das Resultat zu erreichen, welches Zweck der Bedingung ist. Infolge dessen kann es fraglich sein, ob eine scheinbare Potestativ-

Bedingung nicht in Wirklichkeit eine condicio in eventum ist, d. h. der Bedingungsbelastete, welcher nur bei Erfüllung ein Recht geltend machen kann, trägt die Gefahr. Das Resultat seiner Arbeit, das Objekt der Leistung geht ihm unter, und er hat doch die Leistung von dem Gegner nicht zu fordern. Davon weiter unten.

Dagegen unterliegt es keinem Zweifel, daß die Bedingung dann als erfüllt gilt, wenn der Bedingungsbelastete zur Erfüllung bereit ist, diese aber an der Weigerung dessen scheiterte, welcher zur Erreichung des ökonomischen Resultates nothwendig mitwirken mußte. fr. 5 § 5 Dig. quando dies 36,2: Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat, quominus impleatur sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona jussus est parere conditioni, dies legati cedit, quonium pro impleta habetur.

Am deutlichsten spricht dies aus: fr. 24 Dig. condit. 35,1: Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset. — Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quominus stipulator condicioni pareret.

Schon nach jus civile gilt demnach bei Vereitelung des Resultates der Leistung durch den promissor die Bedingung als erfüllt. Ohne daß der promissor stipulandi eine Pflicht übernommen hat, an der Erfüllung der Bedingung mitzuwirken und ohne daß er an der Erfüllung mitwirkte, wird die Stipulatio fällig, wenn der Bedingungsbelastete Alles gethan hat, was an ihm liegt, um die Bedingung zur Erfüllung zu bringen und der Erfolg an dem Destinatär gescheitert ist.

Freilich aber ist es quaestio voluntatis, ob die voluntas des Bedingenden auf eine condicio quae in postestate est, eine condicio mixta oder eine condicio in eventum abzielt. Selten wird eine condicio ohne Beimischung casueller Momente sein.

So wird in den meisten Fällen, in denen ein dare Inhalt nur einer Bedingung, nicht einer obligatio ist, das periculum den Bedingungsbelasteten treffen. Ebenso schwebt auch die Forderung des locator rei unter der Bedingung der Forteristenz der Sache,

obwohl er zur custodia verpflichtet ist. Aber nothwendig ist diese condicio in eventum nicht.

Und insbesondere trägt der Bedingungsbelastete regelmäßig die Gefahr solcher Ereignisse nicht, welche in der Person des Destinatärs liegend, die Erreichung des Zwecks der Bedingung vereiteln. Und nicht blos dann gilt die Bedingung als erfüllt, wenn ihr Zweck durch ein factum des Destinatärs vereitelt ist, sondern es heißt ganz allgemein: per eum stat, quominus impleatur, z. B. fr. 11 D. cond. instit. 28,7. fr. 5 § 5 D. quando dies 36,2. — fr. 23 D. cond. instit. 28,7. fr. 40 cond. 35,1. fr. 13 pr. eum . log. 33,1 u. v. a.

Darin liegt nicht blos die absichtliche Vereitelung, sondern auch jedes Ereignis, welches in der Person und den Verhältnissen des Empfängers seine ausschließliche Ursache hat.

§ 15. Was bedingt die actio bei Verträgen auf Leistung Zug um Zug? Die Gefahr bei diesen Verträgen.

Wir sahen oben, daß die Potestativ-Bedingung nahe an den Inhalt einer obligatio aus einem bonae fidei negotium heranreicht. Inhalt dieses ist in den überwiegendsten Fällen nicht die Erreichung eines ökonomischen Erfolges, sondern nur die Anwendung einer gewissen Qualität von Sorgfalt und Mühewaltung zur Erlangung dieses ökonomischen Erfolges. Es kann zwar bei gegenseitigen Obligationen dreierlei gewollt sein:

1) Garantie des Schuldners für den ökonomischen Erfolg,
2) condicio in eventum,
3) condicio potestativa.

Der erste Fall ist ein durchaus anomaler. Unabwendbare Zufälle kann der Schuldner einfach nicht verhindern. Es müßte also in dieser Garantie die Zusicherung eines Äquivalents an Stelle des untergegangenen Objektes liegen. Diese Zusicherung ist aber ein durchaus selbständiger Vertrag. Denn der Schuldner kann sich in Wahrheit immer nur zu einem gewissen Grade der Anstrengung verpflichten. Bei Nichterfolg kann er zwar der Gegenleistung verlustig gehen; aber daß er bei Mißerfolg ein Äquivalent zu zahlen hat, muß deshalb Inhalt eines selbständigen Vertrags sein, weil er ja dann die Gegenleistung nicht verlangen kann. Es ist daher in Wahrheit zweierlei bedungen: Gegenleistung unter

der Bedingung, daß die Mühewaltung Erfolg hat, zweitens: Gegenleistung gegen ein Äquivalent für das untergegangene Leistungs-Objekt.

Was nun aber die Fälle 2 und 3 betrifft, so sind sie identisch mit der Frage nach dem Tragen der Gefahr: periculum. Denn das periculum des Gläubigers ist nichts weiter als die Kehrseite der Leistungspflicht des Schuldners. Das periculum des Gläubigers beginnt überall da, wo die Erfüllungspflicht des Schuldners endigt. Insofern trägt jeder Gläubiger die Gefahr: Ihm, nicht dem Schuldner, geht der Werth des Objektes unter. Dies ist zunächst bei einseitigen Obligationen der Fall. So trägt der Deponent alle Gefahr, weil der Depositar für keine Diligenz aufzukommen hat. Ebenso trägt der Commodant die Gefahr; aber eine viel geringere, weil der Commodatar für diligentia diligentis patrisfamilias aufzukommen hat; nicht minder der Pfandschuldner.

Es ist dieser Satz zwar in neuester Zeit von Baron mehrfach bestritten worden, indem derselbe aus der custodia eine Garantie gegen Diebstahl und Sachbeschädigung bei allen den eben Genannten hat machen wollen. Dagegen spricht aber die ganze Lehre von der diligentia. Es hat keinen Sinn, Jemanden zu diligentia zu verpflichten und ihn noch außerdem zu einer Garantie gegen Schäden, die trotz dieser Diligenz eintreten, heranzuziehen. Alle diese Schuldner garantieren in Wahrheit nur für die Anwendung einer gewissen Qualität von Sorgfalt, der Depositar überhaupt gar nicht. Und was über diese Diligenz hinausgeht, ist Risico des Gläubigers. Dieser Einwand würde nur dann Barons Ansicht nicht treffen, wenn die diligentia etwas spezifisch Verschiedenes von der custodia wäre. Und es kann nicht geleugnet werden, daß in ganz speziellen Ausnahme-Fällen, welche das R. R. ausdrücklich erwähnt, custodia technisch gebraucht wird, wie beim receptum. Aber in allen anderen Fällen kann sich die Diligenz in nichts anderem bethätigen als in custodia, in der Obhut. Denn offenbar können Commodatar und Pfandgläubiger hinsichtlich der Sache nichts anderes leisten, als eine sorgsame Obhut gegen Diebstahl und Beschädigung; es sei denn eine Obhut gegen eigene Fahrlässigkeit. Es wäre aber gewiß ein großer Widersinn, wenn der Commodatar oder Pfandgläubiger für die Verschuldung und den dolus Dritter schärfer herangezogen

würden, als für die eigene Schuld. Die Berufung Barons auf die actio furti, welche diesen Schuldnern zustehen soll und zwar eben aus der Haft für Diebstahl, ist unzulässig. Denn es ist in den Quellen nur gesagt, gewisse Inhaber in fremdem Namen hätten die actio furti insoweit, als sie für den Diebstahl Dritter haften. Sie haften aber für dieselben dann, wenn ihre eigene Fahrlässigkeit diese Delikte ermöglicht hat. Daneben haben gewisse Inhaber in fremdem Namen die actio furti auch um deswillen, weil ihnen durch den Diebstahl ein Nutzen entzogen ist. Diese actio furti hat aber einen ganz anderen Gegenstand als die erste. Wir können also für einseitige Obligationen den Satz aufstellen: Der Gläubiger trägt die Gefahr als Kehrseite der Diligenz-Pflicht des Schuldners.

Nunmehr ist überzugehen zu den gegenseitigen Verträgen. Bei diesen bewahrheitet die Lehre vom periculum den Satz, daß in der Regel die Erfüllung der einen Pflicht Bedingung der actio Erfüllung der anderen ist.

Aber diese Bedingung ist entweder casuell oder potestativ gedacht. Ist sie casuell gedacht, so sagt man, daß der Schuldner (der vereitelten Leistung) die Gefahr trage; ist sie potestativ, so trägt der Gläubiger die Gefahr. Im ersteren Falle erhält der Schuldner, wenn seine Mühewaltung erfolglos bleibt, kein Äquivalent.

Nothwendige Voraussetzung dieser Gefahrtragung ist dabei freilich, daß das Objekt der Leistung schon vorhanden und bestimmt sei. Deshalb ist von einer Gefahrtragung bei locatio conductio rei und operarum genau genommen gar nicht zu sprechen. Denn das Objekt, welches durch den Vertrag gegen ein Äquivalent erworben wird, nemlich der Nutzen, den eine Sache gewährt, und die Arbeitslast der Person, liegt in der Zukunft. Es handelt sich deshalb gar nicht um die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung des Objectes, sondern nur um die Gefahr der Vereitelung der Entstehung. Bei der Miethe geht nicht das Object unter, sondern es kommt unter Umständen nicht zur Erscheinung, weil die Quelle, aus der der Nutzen erfließt, untergeht. Die Gefahr des Objectes, aus der der Nutzen entsteht, trägt der Vermiether natürlich. Indem er aber den aus einer Sache sich ergebenden Nutzen zusichert, schließt er von vorneherein den Ver-

trag unter der Bedingung, daß die Sache existirt und nur bis zu dem Augenblick, in welchem sie untergeht und bis zu dem Umfange, in welchem sie erhalten bleibt.

Die zweite Voraussetzung ist die Bestimmtheit des Objects. Das R. R. kennt ein certum in doppelten Sinne. Certum ist ihm einmal das Sichere,[1]) dann aber auch certa res, das Bestimmte,[2]) d. h. das in seiner Individualtität bestimmte. Beide Beziehungen sind sich ausschließende Gegensätze. Das certum ist eben deswegen ein Sicheres, weil es in der Individualität das Unbestimmteste ist. Die Geldforderung ist deswegen ein certum, weil Geld ein absolutes Genus und deshalb das in seiner Individualität Unbestimmteste ist. Die certa res, die bestimmte Sache ist deshalb das Unsicherste (Gefahrbedrohteste), weil es das Bestimmteste ist.

Von dieser Bestimmung und Bestimmtheit hängt die Gefahr in erster Linie ab. Jeder Gläubiger trägt auch die Gefahr des Genus. Verschlechtert sich das ganze Genus, so kann dafür der Schuldner nicht aufkommen, es sei denn, daß es in seiner Diligenz-Pflicht lag, diese Verschlechterung zu verhindern und zu verhüten.

Verschlechtert sich die species, so kommt er auch dafür nicht auf, wenn er es durch pflichtgemäße Sorgfalt nicht abwenden konnte.

Diese Gefahr ist auch bei der Pflicht zu einem facere vorhanden. Doch ist auch hier möglich, daß die Bedingung der actio eine casuelle ist. Eine casuelle Bedingung ist sie insbesondere dann, wenn die Leistung ein τέλεσμα ist. Der Gläubiger ist nur dann zur Gegenleistung verpflichtet, wenn das τέλεσμα zustande kommt. Doch kommen hier vielfache Modifikationen in Betracht. Und zwar infolge des Satzes, daß der Gläubiger die Gefahr der Bestimmung trägt. Hat er z. B. das Material, aus dem das τέλεσμα angefertigt werden soll, bestimmt und giebt dieses Material die Ursache zum Unfall, so trägt derselbe die Gefahr, es sei denn, daß es in der Diligenz-Pflicht des conductor operis lag, den locator auf die Gefährlichkeit des Materials aufmerksam zu machen.

---

[1]) actio certae creditae pecuniae, condictio certi.

[2]) certum est, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid quale quantumque sit f. 74 D. V. O. 45, 1. Dieses certum bezieht sich auf das, was sich in obligatione befindet, das erstere auf die condemnatio. Über das certum im Prozeß vergl. Kuntze, Obligation S. 85 ff.

Insbesondere aber unterscheidet sich die locatio conductio operis dadurch von dem Kauf einer erst anzufertigenden aber schon bildlich oder durch Umrisse dargestellten und deshalb in ihrer Beschaffenheit bestimmten Sache, daß das τέλεσμα an Sachen des locator hergestellt wird. Auch die sich daraus ergebende Gefahr trägt der locator operis.

Bei allen Obligationen auf facere und factum (ἔργον und τέλεσμα) kommt aber auch die Gefahr noch in einer besonderen Bedeutung in Betracht: als Zeitgefahr. Auch insofern kann die Leistung casuell und potestativ gedacht sein. Im ersteren Fall trägt der Schuldner die Gefahr, indem der Vertrag erlischt, wenn er nicht zu rechter Zeit leistet. Im zweiten Fall erhält er das Äquivalent, wenn er die nöthige Sorgfalt darauf verwendet hat, die Leistung rechtzeitig zu vollenden. Jedoch wird natürlich auch im ersten Fall die Zeit boni viri artitratu zu bestimmen sein.

In allen diesen Fällen ist die Leistung Bedingung des Anspruchs auf die Gegenleistung, während sie von der andern Seite gleichzeitig Inhalt der obligatio ist. Auch umgekehrt ist die Geldleistung Bedingung des Anspruchs auf die Sachleistung. Nur giebt es bei dieser keine Gefahr, weil Geld als allgemeines Genus, in welches alle bona verwandelt werden können, nicht untergeht.[1])

Besonderes Interesse nimmt in Anspruch die Gefahr beim Kauf. In R. R. gilt der Satz periculum est emtoris.[2]) Es kann hier nicht der Ort sein, den Versuchen, die Bedeutung dieses Satzes zu beschränken, entgegenzutreten.[3]) Perfecta emtione trägt der Käufer das periculum.[4]). Perfect[5]) ist der unbedingte Kauf und dieser nur, wenn es sich um eine species handelt, oder wenn

---

[1]) Beim Wechselkurs ist nicht Geld, sondern Gold in Frage.

[2]) Wächter, Arch. f. c. Pr. 15 S. 99—119. Mommsen, Oblig. I. S. 237—245; 332—336. Hofmann, Ueber das periculum beim Kauf 1870. Kuntze, in obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat. Ihering, Jahrb. f. Dogm., III. — Stintzing Necessario est siendum quando sit perfecta emtio. Jahrb. X S. 177 ff. Windscheid, Pando. II § 321 a 23.

[3]) Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse 1885.

[4]) § 3 Instit. de emt. et vend. 3, 23. fr. 34 § 6 D. C. E. 18, 1. fr. 5 § 2 D resc. emt. 18, 5. fr. 8 pr. D. per. et comm. 18, 6. fr. 14, 15 Dig. J. D. 23, 3. fr. 33 D. 19, 2.

[5]) A. Bechmann, Kauf I § 82. II § 134, 135.

aus dem Genus durch den Verkäufer eine species ausgeschieden ist,[1]) sobald also nicht nur das quale und quantum, sondern auch das quid feststeht,[2])[3]) wenn also zugezählt, zugewogen, zugemessen ist. Diese Ausscheidung ist objektiv[4]) gedacht; sie braucht nicht an den Käufer zu geschehen, weil sein Wille gleichgiltig ist, wofern nur das ausgeschiedene quid dem quale und quantum entspricht. Soll aber sein Wille bestimmend sein, so steht eben damit fest, daß er die Wahl des quid hat, was indeß das R. R. nicht als empirische Absicht beim Kauf betrachtet.

In diesem Fall also trägt der Käufer die Gefahr in einem engeren Sinne; obwohl die Sache verschlechtert oder gar untergegangen ist, muß er doch das volle pretium bezahlen. Die Gefahr ist auch hier wieder die Kehrseite der Diligenz-Pflicht; die Bedingung der actio venditi ist keine solche in eventum.

Dieser Satz ist von jeher den Juristen eine Art Räthsel geblieben. Und man hat zahlreiche Erklärungsversuche unternommen, die zu besprechen hier um so weniger der Ort sein kann, als uns

---

[1]) A. Bechmann, Kauf II § 211 ff.

[2]) R. Stintzing, necessario sciendum quando sit perfecta emtio S. 177 ff.

[3]) Der Begriff des Spezies-Kaufes (fr. 35 § 5—7 D. C. E. 18, 1) wird m. E. sehr vielfach und sogar in Entscheidungen durchaus verkannt. Sobald das quid feststeht, liegt stets ein Spezieskauf vor, mag auch das Gekaufte eine Quantität vertretbarer Sachen sein. Es kann daher H. G. B. a. 335, daß der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern habe, m. E. nicht mehr in Anwendung kommen. Daher ist der Zusatz tel, quel in einem solchen Falle überhaupt überflüssig. Das R. O. H. G. hat allerdings in der E. v. 17. Nov. 1871 anders entschieden. E. IV. S. 36. Dagegen aber wiederum E. vom 23. März 1872 E. V S. 322. Ich vermag jedoch den vom R. O. H. G. aufgestellten Satz aus dem A. 335 nicht herauszulesen. Wenn eine bestimmte Spezies gekauft ist, so kann überhaupt über Beschaffenheit und Güte der Waare nichts mehr „bestimmt" werden, sondern nur gewisse Eigenschaften zugesichert werden. Und der Verkäufer kann gewisse Fehler verschweigen oder den Käufer täuschen. Anderer Meinung allerdings ist die herrschende Ansicht; Goldschmidt H. R. II § 61 2. Aufl. Gareis, das Stellen zur Disposition S. 8, 18—19. Thöl, Handelsrecht § 273 Nr. 2.

[4]) fr. 8 pr. D. 18, 6: Et si id quod venieric appareat, quid quale quantum sit. Es wird nicht gesagt, daß es dem Käufer erhellen müsse, daß die Ausscheidung eingetreten ist. Auch liegt die das emere perfizierende Willens-Erklärung schon im Consens.

der Gang der Untersuchung ohnedies schon zu weitem Ausholen nöthigt. Daß der Verkäufer nicht für die Sache garantirt, findet schon seinen Ausdruck in dem Satze impossibilium nulla obligatio,[1]) der allerdings nur ein Satz vom logischen Widerspruch[2]) ist, der aber sagen will, daß sich kein Schuldner absolut für den ökonomischen Erfolg haftbar machen will und kann. Jeder garantirt nur für sein sorgfältiges Verhalten, für summa diligentia.

Damit ist aber das eigentliche Problem des Satzes noch nicht gelöst. Ebenso, wie Miethe und Pacht könnte der Kauf auch den schweigenden Vorbehalt enthalten, daß das Äquivalent nur insoweit zu zahlen sei, als die Sache noch vorhanden ist, wenn sie zur Ablieferung gelangt. Und die neuere Gesetzgebung hat sich diesem Satze zugeneigt; freilich in der bedenklichen Form falschen Generalisirens, indem sie allgemeine Rechtssätze über die gegenseitigen Verträge aufstellt und dadurch die speziellen Charakteristiken der verschiedenen Typen dieser Verträge verwischt. Gerade die Gefahrfrage ist es aber, die im R. R. den verschiedenen Verträgen ihren besonderen Charakter gab.

Die wahre Bedeutung des Satzes: periculum ad emtorem pertinet wird aber nur dann klar, wenn wir ihn mit dem Satze: aestimatio facit periculum eius qui suscepit[3]) in Verbindung bringen. Dieser Satz wird bezüglich des contractus aestimatorius ausgesprochen; er gilt aber ganz allgemein; denn er sagt nichts weiter, als daß mit dem Moment der aestimatio die Gefahr auf den übergeht, welcher sie übernommen hat.

Und es ist daher nur zu erweisen, daß und inwiefern der Käufer in Wirklichkeit mit der im Kauf liegenden aestimatio die Gefahr übernimmt.

Dazu ist erforderlich, daß wir erwägen, was denn zur Gefahr gehöre.[4])

---

[1]) Wächter, a. a. O. S. 97 ff. 188 ff.

[2]) G. Hartmann, die Obligation S. 115 ff., dasselbe in Jherings Jahrbücher B. 22 S. 427 ff.

[3]) fr. 1 § 1 Dig de aestimato 19, 3.

[4]) Es ist hoch erfreulich, daß gegenüber dem Entwurf zu einem bürgerl Gesetzbuch § 368, 463 auch die Praxis sich zu Gunsten des Satzes periculum est emtoris zu regen beginnt. So Schlodtmann in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht B. 37: „Über die Anwendbarkeit des A. 34 ff. des Handels-

Zur Gefahr gehört vor allem die Möglichkeit der Verschlechterung (resp. des Untergangs!), welche die Sache in sich zu tragen scheint: innerer Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. s. w. (H. G. B. A. 395). Hier sagt sich jeder, daß der Käufer solche Verluste, welche die Sache selbst mit sich bringt, tragen müsse, und jeder Käufer bestimmt schon angesichts dieser Gefahren den Kaufpreis, d. h. aestimatio facit peri-

---

gesetzbuches, wenn statt der vertragsmäßigen eine Waare anderer Gattung geliefert und empfangen wurde." S. 11 ff. Denn die Beseitigung dieses Satzes giebt dem Handelsgeschäft geradezu den Todesstoß, da doch unzweifelhaft in dem richtigen Kalkül von Verlust und Gewinn-Chance die wichtigste Thätigkeit des Kaufmannes besteht und gerade die Gewinn-Chance den Kaufmann antreibt, am richtigen Ort und zu richtiger Zeit die Waaren zu liefern.

Dagegen vermag ich die Ausdehnung des Satzes auf ursprünglich vorhandene Mängel nicht anzuerkennen. Die Gefahr ist die Kehrseite der Pflicht zur Sorgfalt. Eine Pflicht des Verkäufers aber, den Käufer davor zu bewahren, daß er einen für ihn ungünstigen Kauf schließt, giebt es nicht und kann es nicht geben, so lange man anerkennt, daß Jedermann im Handel für sich selbst zu sorgen hat. Die Freiheit zu kaufen und zu verkaufen hat ihre einzige Grenze im Betrug, der Täuschung, dem dolus. Der Verkäufer muß das Recht haben, seinen Vortheil vor den des Käufers zu stellen. Er hat nicht für den Käufer negotia zu geriren. Selbst Sorglosigkeit in der Prüfung des Objectes büßt er nur, wenn er Eigenschaften zusichert. Dieses Prinzip trifft auch nicht den A. 335 H. G. B. Denn wie wir schon hervorhoben, ist diese Bestimmung nur auf Genuskäufe anwendbar. Und die Ausdehnung dieses Artikels auf Spezieskäufe ist m. E. an der Verwirrung schuld, die in der Praxis eingetreten ist.

Würde überhaupt vom periculum in contrahendo die Rede sein können, so würde dies weiter gehen, als dasjenige, welches z. B. der Deponent zu tragen hat, da der Verkäufer zweifellos seinen Vortheil dem des Käufers voranstellen darf, namentlich in der Ermittelung etwaiger Mängel. Dieser Pflichtfreiheit wird vollständig die Waage gehalten durch das Interesse, welches der Verkäufer hat, sich sein Renommé und seine Kundschaft zu erhalten. Eine Pflicht aber kann es nicht geben, es sei denn, daß in den Vorverhandlungen ein Auftrag liegt, die Waaren zu prüfen, oder eine negotiorum gestio übernommen ist. Von einem periculum emtoris kann aber vor allem deswegen nicht geredet werden, weil periculum die Möglichkeit eines Schadens ist, während, sobald der Vertragschließende Käufer geworden ist, auch der Schaden schon eingetreten ist. Die Gefahr der Unerkennbarkeit und Unkontrollirbarkeit vor dem Kauf hat sich durch den Abschluß des Kaufes verwirklicht, wenn ein Mangel vorliegt. In diesem Falle kann es sich nur um die Zulässigkeit einer Redhibition handeln.

culum eius, qui suscepit. Und was er an Gefahren nicht selbst bemißt, das besorgt für ihn der Markt und der Verkehr, indem er angesichts dieser Gefahren den Preis bestimmt. Geht er von diesem Preise ab, so ist dies sein eigener Vortheil oder Nachtheil. Ebenso rechnet man zur Gefahr das Sinken des Tauschwerthes der Waare, das Sinken der Kurse der Werthpapiere. Denn auch der Preis dieser Waaren wird bemessen nach den Gefahren und Aussichten, welche in der Zukunft liegen. Der Käufer trägt das periculum und hat die spes. Jeder Kauf ist emtio spei, nur daß Gefahr und Gewinn-Chance in einem Fall weniger, im andern mehr schwankt.

Diese Gefahren scheinen nun die Waaren gewissermaßen in sich zu tragen. Forscht man jedoch weiter, so erkennt man, daß die Verwirklichung derselben, der Eintritt des Schadens, stets das Resultat von außen kommender Ereignisse ist. Dabei kann es sich nur um eine größere oder geringere Empfänglichkeit der Waaren gegen diese Ereignisse handeln. Manche Waaren sind gegen gewisse Ereignisse absolut empfänglich. Keine Waare verdirbt aber durch sich selbst, sondern Verderb, wie die Verbesserung, ist das Resultat organischer, chemischer oder mechanischer Vorgänge, zu denen der Anlaß in einem auswärtigen Ereignis liegt. Witterungs-Veränderungen, Trockenheit, Nässe u. dgl. Keine Waare schwindet durch sich, sondern durch den Einfluß der Wärme und Trockenheit. Daß Fäßer zu lecken beginnen, ist nicht Wirkung dieser Fässer u. s. w. — Dies sind nur reine körperliche Vorgänge, welche sich in dem Object vollziehen. Und man möchte deshalb geneigt sein, die Gefahr der Werthminderung nicht als periculum im eigentlichen Sinne zu betrachten. Allein, was ist denn die Ursache, weshalb Werthpapiere ihren Tauschwerth verlieren? Es ist immer ein äußerer Vorgang, welcher entweder das in Betracht kommende Unternehmen schon geschädigt hat, oder welche dieses Unternehmen zu schädigen droht. Mit beiden Umständen rechnet die Preisbestimmung des Verkehrs.

Man könnte dagegen einwenden, es werde nur der Werth nicht die Sache geschädigt. Dies kann in zweierlei Weise verstanden werden, als Schädigung des Gebrauchswerthes oder des Tauschwerthes.

Was aber den Tauschwerth betrifft, so ist derselbe für die Kaufleute, für die ja speziell die Tauschwerthgefahr von Interesse ist, ihr einziger Gebrauchswerth. Denn ihre Verwendung der Waaren besteht ja im Verkauf. Was aber den Gebrauchswerth betrifft, so läßt sich bei körperlichen Veränderungen die Frage der Gefahr nur danach entscheiden, ob der Gebrauchswerth gelitten hat. Es läßt sich mithin zwischen Werth-Gefahr und körperlicher Gefahr gar nicht unterscheiden.[1])

Da ferner alle schädigenden Ereignisse von außen kommen, so gehört zur Gefahr auch die Möglichkeit schädigender Handlungen Dritter, Diebstahl, Sachbeschädigung, Inmissionen u. dgl., soweit sie durch die diligentia in custodiendo nicht abzuwenden sind.[2])

Nun ist es zweifellos Pflicht des Schuldners, diese Gefahren zu bannen. Je größer die Empfänglichkeit einer Waare gegen Schädigung ist, desto wirksamere Maßregeln müssen zu ihrer Abwehr erforderlich sein. Je mehr eine Sache durch ihre leichte Verbringbarkeit und ihren hohen Werth zum Diebstahl anreizt, desto sicherer ist sie zu verwahren. Je leichter eine Sache der Beschädigung ausgesetzt ist, desto sicherer muß sie aufgestellt werden.

Dies ist im vollen Maaße anzuerkennen. Und ich ziehe daraus den Schluß: es giebt nur Qualitäten der Sorgfalt, keine Quantität; das R. R. bemißt die Sorgfalt darnach, wie sie ein diligens paterfamilias, ein sorgsamer Hauswirth — denn der paterfamilias war Hauswirth — anwendet. Und ein sorgsamer Hauswirth behandelt jede Sache mit Sach- und Fachkenntniß. Hat er sie selbst nicht, so erholt er sich Rath von Sachverständigen.

Allein diese Diligenz hat ihre Grenze. Der Satz impossibilium nulla est obligatio gilt auch für die ökonomische Unmöglichkeit, die Unwirthschaftlichkeit. Die Grenze wird durch den Werth des Objektes gezogen. Wo die Fürsorge für das Object sich nicht

---

[1]) Zur Gefahr gehört daher auch die Möglichkeit einer Werth-Umsetzung, die den Kaufgegenstand betrifft. So z. B. wenn Werthpapiere zur Auszahlung ausgeloost werden; ferner die Fälle der Expropriation. Dies ist je nach der Gestaltung der Verhältnisse periculum oder spes (commodum).

[2]) In diesem Falle hat der Gefahrtragende als commodum die betr. Klage gegen den Dritten.

mehr wirthschaftlich verlohnt, da zieht der Verkehr die Untergangs-Möglichkeit den Aufwendungen zur Erhaltung vor. So muß sich auch die Obhut in dem Objekt bezahlt machen. Und indem der Käufer das pretium bestimmt, übernimmt er die Gefahr, welche durch Unterlassung einer unwirthschaftlichen Obhut entsteht. Auch rechnet er und muß auch schon im Preise mit den Möglichkeiten des Unterganges und der Verschlechterungen rechnen. Sonst könnte sich der Verkäufer auf den Verkauf nicht einlassen. Er willigt nur unter der Bedingung in die Veräußerung, daß er das pretium erhält; er willigt nicht in die Veräußerung auf einen Preis hin, der sich je nach dem Gang der Dinge verschieden gestaltet. Er will nicht einem Würfelspiel gegenüberstehen, indem er genöthigt ist, seine Sache hinzugeben, während er bezüglich des pretium in Unsicherheit schwebt. Mit der in der Preisbestimmung liegenden aestimatio[1]) ist der Werthumsatz schon erfolgt, indem die Kaufforderung in bonis des Käufers die Preisforderung in bonis des Verkäufers ist, allerdings beiderseits bedingt.

Demnach ist die Bedingung, unter welcher die Klage des Verkäufers schwebt, eine potestative, keine solche in eventum. Und Inhalt dieser Bedingung (wie der obligatio venditoris) ist nur die Anwendung der Diligenz eines sorgsamens Hauswirthes, um dem Käufer die wirthschaftlichen Vortheile seines Kaufes zu sichern. Dazu gehört auch Diligenz in der Lieferung, wenn er diese übernommen hat. Es handelt sich in diesem Falle nicht um die Traditions-Pflicht, sondern um die Herstellung des habere, um die Herstellung der facultas (im Gegensatz zu potestas). Auch hier kann der Verkäufer nur einen gewissen Grad von Energie anwenden; er muß die Beförderungsmittel anwenden, welche der Verkehr für

---

[1]) Darin unterscheidet sich meine Ansicht auch von der meines Vaters a. a. O., der in der besonderen Austauschnatur den Grund des Satzes erblickt. Maßgebend ist nicht der Austausch, sondern die Ästimation, die Abschätzung, welche mit der Möglichkeit des Verlustes und der Verbesserung bereits rechnet und darnach das pretium fixirt. Ausgetauscht könnte auch in der Weise ideell durch den Vertrag werden, daß sich jedesmal der Werth der Gegenleistung nach dem der Leistung bemißt, wie dies ja bei der loc. cond. rei der Fall ist.

solche Waaren zu benutzen pflegt. Verzögerungen, die trotzdem eintreten, sind Zeitgefahr.

Die Gefahr ist also die Möglichkeit von Ereignissen, welche zwar vorhergesehen werden können, mit denen aber im Verkehr gerechnet wird. Und umgekehrt ist die Hoffnung, die Gewinn-Chance, Möglichkeit von Ereignissen, welche bei sorgsamer Behandlung des Objectes zu einer Verbesserung führen. Gefahr und Hoffnung sind correlate Begriffe.

Damit erhält auch das periculum nach oben hin eine Grenze: Weil es Ereignisse giebt, die zwar absehbar sind, die keineswegs imprudentibus = improvidentibus accidunt, die aber durch eine vernünftige Sorgfalt nicht abgewendet werden können, weil sich die Maßregeln nicht wirthschaftlich verlohnen, so wird mit diesen Ereignissen gerechnet und zwar schon in der Preisbestimmung. Diesen Ereignissen stehen aber solche gegenüber, mit welchen der Verkehr nicht rechnet. Damna quae improvidentibus accidunt heben den Vertrag auf, soweit er noch nicht zur Ausführung gekommen. Bei allen Vorfällen, die als vis maior[1]) bezeichnet werden, oder denselben gleichgestellt werden[2]), tritt Resolution ein.[3]) Eben weil der Verkehr nicht mit diesen Ereignissen rechnet, handelt es sich um ein Nichtwissenkönnen und deshalb um ein Nichtwissenmüssen. fr. 33, 34 locati 19, 2 fr. 50 Dig. 18, 1. Vergl. oben § 6 Nr. VII in welcher Stelle Cujazius mit Recht tabulae novae, also ein der vis maior gleichstehendes Ereignis annimmt.

[1]) Auf die umfangreiche Controverse über das Wesen der vis maior einzugehen, ist hier nicht der Ort. Es genügt hier, den Begriff derselben aus dem Begriff des periculum zu entwickeln. Die neueste Arbeit über vis maior von Gerth, der Begriff der vis maior im Römischen und Reichsrecht. Berlin 1890, kommt zu dem Resultat, daß vis maior im R. R. Zufall bedeute und daher ein Name ohne Werth sei. Das heißt der Goldschmidtschen Tendenz zu viel Zugeständnisse machen. Die vis maior ist aber ein Begriff, der im R. R. nicht blos bei dem Receptum zur Anwendung kommt, sondern insbesondere auch beim Kauf.

[2]) insbesondere maior potestas; ferner vielfach die Verwirklichung einer Gemeingefahr.

[3]) Die hier geäußerte Ansicht beschreibt keine festen objektiven Grenzen zwischen (verwirklichtem) periculum und höherer Gewalt. Ich betrachte dies als einen Vorzug, indem ich annehme, daß bei Verschiedenheit der Verhältnisse ein gleiches Ereignis einmal periculum, ein andermal vis maior sein kann.

Aus dieser Betrachtung ergiebt sich, daß gerade die Gefahr es ist, welche den verschiedenen gegenseitigen Verträgen ihren ganz spezifischen Inhalt verleiht, während sich diese Verträge in allen anderen Punkten sehr ähnlich sehen.[1])

Es sind mithin immer Bedingungen, casuelle oder potestative, unter denen die actio des Klägers schwebt, Bedingungen aber, für deren Erfüllung von der anderen Seite jenachdem gehaftet wird.

Und dies findet nun ganz besonders in der Richtung Anwendung, daß die Vereitelung des Erfolges durch den, zu dessen Gunsten die Bedingung gestellt ist, der Erfüllung gleichsteht.

Wo vollends Inhalt der klägerischen Obligation nur die Anwendung der Sorgfalt eines diligens paterfamilias ist, da können natürlich noch viel weniger die Verhältnisse des Gläubigers für die Frage der Erfüllung in Betracht kommen.

§ 16. Folgerung.

Wenn wir nun sehen, daß überall da, wo es sich ausschließlich um die Leistung des Schuldners unabhängig von dem Zufall handelt, nicht die Erlangung des ökonomischen Resultates ist, wenn wir sehen, daß Thatsachen, welche den wirthschaftlichen Zweck vereiteln, nicht zu verhindern vermögen, daß der Kläger mit seiner actio durchdringt, wenn sogar Handlungen Dritter, welche das Leistungs-Objekt zerstören, vernichten, schädigen oder beseitigen (furto perire) periculum sind, wie vielmehr müssen wir annehmen, daß Erfüllung auch schon dann vorliegt, wenn das ökonomische Endresultat der Verbindlichkeit des Klägers durch den Gläubiger selbst vereitelt wird.

Demelius[2]) hat diesem Gedanken am klarsten dahin Ausdruck gegeben:

„Schuldner haftet von vornherein nur dafür, daß er Alles thue und Nichts unterlasse, was erforderlich ist, damit der Gläubiger in die Lage komme, durch Annahme der gebotenen Leistung sich zu befriedigen.“

Das ist nun näher zu erörtern.

---

[1]) Der Fall Mitscherlich hat gezeigt, wie verschieden sich die Gefahrfrage je nach Art des Vertrages bestimmt und welche Unterlassungsünde die gemeinrechtliche Theorie begangen.

[2]) Grünhuts Zeitschrift 13. Band S. 461. Rezension der Scheyschen Schrift.

§ 17. Der Annahme-Verzug.

Zunächst ist es ein Widersinn, daß der Gläubiger etwa den Schuldner verpflichte, dafür zu sorgen, daß er, der Gläubiger, die Leistung annehme. Die Nichtannahme könnte daher nur als eine Pflichtverletzung des Gläubigers in Betracht kommen.

Man hat denn auch den Annahme-Verzug als Verletzung einer Vertrags-Pflicht des Gläubigers betrachtet. So sagt noch Madai: „Der Gläubiger verletzt das Interesse seines Schuldners, wenn er die an diesem bezweckte Beendigung des obligatorischen Verhältnisses dadurch verhindert, daß er, während jener die ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen bereit ist, durch seine Schuld allein die Nichterfüllung veranlaßt.

Dem ist schon von Fr. Mommsen und Kohler[1]) erfolgreich entgegengetreten worden: „In der That ist jene Ansicht von der Mitwirkungs-Pflicht des Gläubigers einer der fundamentalsten Irrthümer in der Lehre des Obligationenrechts". Dieselbe ist m. E. deshalb zu verwerfen, weil die Pflicht des Gläubigers ohne Gegenstand ist. Der Schuldner wird frei, wenn er erfüllt. Das Freiwerden kann der Gläubiger garnicht vereiteln oder verhindern. Er kann nur den ökonomischen Erfolg vereiteln. Die Willenserklärung, welche des Schuldners Leistung zu einer Erfüllung macht, hat der Gläubiger schon im Vertrage gegeben.

Eine Pflicht, den Schuldner durch Annahme zu befreien, führt zu den unerträglichsten Consequenzen: Ist der Gläubiger verpflichtet, mitzuwirken, so muß diese Pflicht exequirt werden können.[2]) Denn sonst käme es nie zu einem Abschluß der Erfüllung. Die Erfüllung würde aber erst dann vorliegen, wenn die Wirkung in irgend einer Weise exequirt wäre. Und soll dann aber dem erfüllenden Schuldner nicht Unrecht geschehen, so müßte dieser Moment der Erfüllung

---

[1]) Kohler, Jahrbücher B. 17 S. 267.

[2]) Auch eine Interessenklage ist nicht durchführbar, weil kein id quod interest vorhanden ist. Denn dem Schuldner ist dadurch Nichts verloren gegangen, daß er seine Sache nicht hat preisgeben können, daß er seine Arbeitskraft nicht hat verwenden können. Nur dann kann von einem Interesse die Rede sein, wenn die Ausführung der geschuldeten Leistung auch Dritten gegenüber Bedeutung hat. Dann ist aber ein klagbares Interesse nur vorhanden, wenn die Duldung dieser Leistung als Gegenleistung (oder als Theil der Gegenleistung) gewollt ist.

retrotrahirt werden bis zu dem Augenblick, in dem der Schuldner seinerseits alles vollendet hat, was von seiner Seite geschehen konnte. Welchen Zweck aber hat dann die Mitwirkung? Keinen. Nur da, wo die Obligation nur durch einen formalen Befreiungs-Akt beendigt werden kann, wäre eine solche Mitwirkung geboten.

Zu welchen Consequenzen überdies die Exekution der Pflicht anzunehmen führen würde, das ist hier nicht näher auszumalen, difficile est non satiram scribere.

Von einer solchen Annahme-Pflicht kann ferner auch da gesprochen werden, wo das Dulden der Leistung gleichzeitig Inhalt einer Gegenleistung ist. Hier ist aber die Exekution Zwang zur Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Die mora ist ferner keine Schuld; sie ist nur Stillstand während eines Zeitablaufs. Erst in erweiterter Bedeutung ist sie verursachte Verzögerung.[1] Die mora solvendi ist an sich auch mora accipiendi. Und erst erweiternd ist die Unterscheidung vom mora creditoris und debitoris, indem untersucht wird, auf welche Seite der Grund[2] des Verzuges liegt. Durch Verursachung der mora durch den Gläubiger schädigt sich dieser aber nur selbst.[3]

Und doch hat es den Anschein, wie wenn bei Annahme-Verzug des Gläubigers die Pflicht des Schuldners noch nicht erlischt. Wie wir sehen werden, finden sich schon im Römischen Recht Ansätze von Meinungen, welche diese Pflichten noch nicht beendet sein lassen. Vor allem aber hat der Annahme-Verzug nachtheilige Wirkungen für den Gläubiger auch insofern, als er haftbar wird.

Man möchte deshalb geneigt sein, die Ursache solchen Haftbarwerdens dennoch in einer Pflichtverletzung des Gläubigers zu suchen. Wenn die Pflichtverletzung des Gläubigers etwa in der Annahme-Weigerung liegt, wenn sie darin liegt, daß es das Interesse des Schuldners, erfüllt zu haben, schädigt, dann muß dennoch vorausgesetzt werden, daß der Schuldner bei Annahme-Verzug nicht von allen Pflichten und Haftungen frei wird.

---

[1]) fr. 3 § 4 D. A. E. V. 19,1. fr. 4 § 2 Dig. per. 18,6. fr. 18 D. pec. const. 13,5.

[2]) Brinz Pandekten II § 275 unterscheidet „Schuld“ und „Verschuldung“. Von letzter könne keine Rede sein.

[3]) Brinz a. a. O.

Man bewegt sich freilich im Kreise. Um das Interesse des Schuldners gegenständlich zu machen, nimmt man an, er habe noch nicht erfüllt. Um der Annahme-Pflicht einen Gegenstand zu geben, muß man ein Interesse des Schuldners an der Erfüllung suppo-niren. Und dieses Interesse wird durch Urtheil als in dem Momente befriedigt erkannt, in welchem der Schuldner erfüllt hätte, wenn der Gläubiger mitgewirkt hätte.

Schey[1]) erklärt sich die Beendignng der Verpflichtung und Haftung des Schuldners durch eine Exkulpirung desselben, welche durch das kulpose Verhalten des Gläubigers erzeugt werde. Diese culpa liege nicht in der Verletzung einer Vertrags-Pflicht, sondern in der einer allgemeinen Pflicht: neminem laede. Allein der dolus an sich hat noch keine Rechtsfolgen, sondern erst die durch ihn hervorgerufene Wirkung. Und worin sollte diese Schädigung liegen? Absichtliches Ablehnen des Angebotenen könnte der Schuldner als ein Anerbieten zum Rücktritt ansehen. Aber wenn dies nicht in seinem Interesse liegt, so ist doch seine Benachtheiligung keine unmittelbare Folge der Nichtannahme, sondern erst Wirkung eines Verhaltens, welches ihm entweder gar nicht oder doch erst in Erfüllung einer erweiterten Vertragspflicht obliegt. Ist er berechtigt, die Sache preiszugeben[2]), so erleidet er keinen Nachtheil. Ist er nach bona fides aber zu weiteren Leistungen verpflichtet, so liegt der Grund dieser Schädigung im Vertrage selbst.

Allein tritt denn die Exkulpirung des Schuldners nur bei culpa des Gläubigers, wenn wir sie so nennen dürfen, ein?

In folgenden Fällen vermöchten wir die einzige Schuld des Gläubigers darin zu erblicken, daß derselbe den Vertrag überhaupt geschlossen hat:

fr. 19 § 9 Dig. locati 19,2: Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonino Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

fr. 38 D. ibid. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus

---

[1]) Jos. von Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris im österr. u. im gem. R.

[2]) Wir sehen hier ab von etwaigen Pflichten gegen Dritte und die Öffentlichkeit. Diese sind ja der Grund, weshalb wir, wie sich unten zeigen wird zu der Annahme eines invicem negotium gerere kommen.

operas praestat. § 1. Advocati quoque, si per eos non steterit[1]), quominus causam agant, honoraria reddere non debent.[2])

Während der Vermiether und auch der locator operarum insofern die Gefahr trägt, als der unverschuldete Untergang, die unverschuldete Unfähigkeit ihn selbst trifft und Erlöschen des Vertrags-Verhältnisses zur Folge hat, trägt diese durch die Verhältnisse des Gläubigers erzeugte Gefahr der Vermiether nicht. Er kann seinen Lohn fordern, mag der Miether an der Nichtannahme schuld sein oder nicht, nur deshalb, weil die Ursache auf Seiten des Gläubigers lag.

Ferner ist die Exkulpierung auch insofern zu beanstanden, als der Schuldner nach bona fides trotz Annahme-Weigerung gehalten sein kann, noch weitere Pflichten auf sich zu nehmen.

Nach Schey's Ansicht verletzt der Gläubiger nicht das Recht des Schuldners auf Befreiung, sondern das Interesse an der Befreiung. Allein weder das Interesse noch die Befreiung sind brauchbare Gesichtspunkte.

Es gibt keinen Satz, daß man fremde Interessen nicht verletzen dürfe. Leugnet man dies, so verwechselt man Recht und Interesse. Vielmehr besteht das subjective Recht gerade darin, daß Andere genöthigt sind, etwas zu dulden oder zu unterlassen; dasselbe gewinnt daher erst für Andere da Bedeutung, wo sie ein Interesse haben, etwas zu thun oder nicht zu dulden. Dem Satze, welchen

---

[1]) Kohler a. a. O. S. 269 A. 1: Der Gläubiger trägt die Gefahr des Nichtbenutzenkönnens.

[2]) Schall Archiv für civ. Praxis B. 73 S. 450 ff. will zwar diese Stelle nicht auf dem Fall beziehen, daß der Client die Dienste nicht abnehmen kann, sondern er will daraus deduzieren, der conductor operarum trage die Gefahr. Allein das non stat per eum, quominus deutet ganz deutlich darauf hin, daß die Ursache auf Seite des conductor liegt. Dies beweist noch deutlicher die Parallelstelle, die Schall als Hauptargument seiner Ansicht anführt. fr. 1 § 13 Dig. extr. cogn. 50,13: Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. Schall versteigt sich zu der Interpretation, daß nach dieser Stelle „die Erben des Advokaten dessen Honorar auch dann nicht herauszugeben brauchen, wenn die Führung des Prozesses durch den Tod des Advokaten unmöglich gemacht ist." Allein das „steterat" (nicht stetit) zeigt deutlich, daß die Frustration der Leistung vor dem Tode des Advocaten eingetreten war, daß es noch zu Lebzeiten des Advocaten nicht bei ihm gestanden hatte, die Dienste zu leisten.

Man bewegt sich freilich im Kreise. Um das Interesse des Schuldners gegenständlich zu machen, nimmt man an, er habe noch nicht erfüllt. Um der Annahme-Pflicht einen Gegenstand zu geben, muß man ein Interesse des Schuldners an der Erfüllung supponiren. Und dieses Interesse wird durch Urtheil als in dem Momente befriedigt erkannt, in welchem der Schuldner erfüllt hätte, wenn der Gläubiger mitgewirkt hätte.

Schey[1]) erklärt sich die Beendignng der Verpflichtung und Haftung des Schuldners durch eine Exkulpirung desselben, welche durch das kulpose Verhalten des Gläubigers erzeugt werde. Diese culpa liege nicht in der Verletzung einer Vertrags-Pflicht, sondern in der einer allgemeinen Pflicht: neminem laede. Allein der dolus an sich hat noch keine Rechtsfolgen, sondern erst die durch ihn hervorgerufene Wirkung. Und worin sollte diese Schädigung liegen? Absichtliches Ablehnen des Angebotenen könnte der Schuldner als ein Anerbieten zum Rücktritt ansehen. Aber wenn dies nicht in seinem Interesse liegt, so ist doch seine Benachtheiligung keine unmittelbare Folge der Nichtannahme, sondern erst Wirkung eines Verhaltens, welches ihm entweder gar nicht oder doch erst in Erfüllung einer erweiterten Vertragspflicht obliegt. Ist er berechtigt, die Sache preiszugeben[2]), so erleidet er keinen Nachtheil. Ist er nach bona fides aber zu weiteren Leistungen verpflichtet, so liegt der Grund dieser Schädigung im Vertrage selbst.

Allein tritt denn die Exkulpirung des Schuldners nur bei culpa des Gläubigers, wenn wir sie so nennen dürfen, ein?

In folgenden Fällen vermöchten wir die einzige Schuld des Gläubigers darin zu erblicken, daß derselbe den Vertrag überhaupt geschlossen hat:

fr. 19 § 9 Dig. locati 19,2: Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonino Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

fr. 38 D. ibid. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus

[1]) Jos. von Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris im österr. u. im gem. R.

[2]) Wir sehen hier ab von etwaigen Pflichten gegen Dritte und die Öffentlichkeit. Diese sind ja der Grund, weshalb wir, wie sich unten zeigen wird zu der Annahme eines invicem negotium gerere kommen.

operas praestat. § 1. Advocati quoque, si per eos non steterit[1]), quominus causam agant, honoraria reddere non debent.[2])

Während der Vermiether und auch der locator operarum insofern die Gefahr trägt, als der unverschuldete Untergang, die unverschuldete Unfähigkeit ihn selbst trifft und Erlöschen des Vertrags-Verhältnisses zur Folge hat, trägt diese durch die Verhältnisse des Gläubigers erzeugte Gefahr der Vermiether nicht. Er kann seinen Lohn fordern, mag der Miether an der Nichtannahme schuld sein oder nicht, nur deshalb, weil die Ursache auf Seiten des Gläubigers lag.

Ferner ist die Exkulpierung auch insofern zu beanstanden, als der Schuldner nach bona fides trotz Annahme-Weigerung gehalten sein kann, noch weitere Pflichten auf sich zu nehmen.

Nach Schey's Ansicht verletzt der Gläubiger nicht das Recht des Schuldners auf Befreiung, sondern das Interesse an der Befreiung. Allein weder das Interesse noch die Befreiung sind brauchbare Gesichtspunkte.

Es gibt keinen Satz, daß man fremde Interessen nicht verletzen dürfe. Leugnet man dies, so verwechselt man Recht und Interesse. Vielmehr besteht das subjective Recht gerade darin, daß Andere genöthigt sind, etwas zu dulden oder zu unterlassen; dasselbe gewinnt daher erst für Andere da Bedeutung, wo sie ein Interesse haben, etwas zu thun oder nicht zu dulden. Dem Satze, welchen

---

[1]) Kohler a. a. O. S. 269 A. 1: Der Gläubiger trägt die Gefahr des Nichtbenutzenkönnens.

[2]) Schall Archiv für civ. Praxis B. 73 S. 450 ff. will zwar diese Stelle nicht auf dem Fall beziehen, daß der Client die Dienste nicht abnehmen kann, sondern er will daraus deduzieren, der conductor operarum trage die Gefahr. Allein das non stat per eum, quominus deutet ganz deutlich darauf hin, daß die Ursache auf Seite des conductor liegt. Dies beweist noch deutlicher die Parallelstelle, die Schall als Hauptargument seiner Ansicht anführt. fr. 1 § 13 Dig. extr. cogn. 50,13: Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non s t e t e r a t, quominus causam ageret. Schall versteigt sich zu der Interpretation, daß nach dieser Stelle „die Erben des Advokaten dessen Honorar auch dann nicht herauszugeben brauchen, wenn die Führung des Prozesses durch den Tod des Advokaten unmöglich gemacht ist." Allein das „s t e t e r a t" (nicht stetit) zeigt deutlich, daß die Frustration der Leistung vor dem Tode des Advocaten eingetreten war, daß es noch zu Lebzeiten des Advocaten nicht bei ihm gestanden hatte, die Dienste zu leisten.

Schey zur Begründung seiner Ansicht hervorhebt: neminem laede, halten wir in ebensolcher Allgemeinheit entgegen: qui suo iure utitur, neminem laedit. Verhindert oder vereitelt der Gläubiger das ökonomische Endresultat der Leistung des Schuldners durch Wahrnehmung eigner Rechte, etwa seines Hausfriedensrechtes, so kann darin noch kein Unrecht liegen, es sei denn, daß er eben das Recht des Schuldners auf Befreiung, nicht ein Interesse an der Befreiung verletzt.

Aber was bedeutet überhaupt Recht auf oder Interesse an der Befreiung? Die Befreiung tritt ohne Zuthun des Gläubigers ein; ist nicht Wirkung seines Willens-Aktes. Jede Obligation trägt die Erfüllung als Untergangsgrund ipso iure in sich. Der Schuldner befreit durch Erfüllung sich selbst. Denn die Obligatio ist Haftung dafür, daß der Schuldner etwas thue, dulde oder unterlasse. Wenn er also seinerseits die Diligenz anwendet, welche ihm zur Pflicht gemacht wird, so erlischt die Haftung ipso iure. Befreiung durch den Gläubiger tritt nur da ein, wo in Wirklichkeit der Schuldner nicht erfüllt hat: Erlaß, Schenkung, pactum de non petendo, contrarius consensus; ebenso kann die accepti latio nur deswegen unabhängig von der Erfüllung Befreiung wirken, weil sie durch den Akt des Gläubigers erfolgt. Und nicht erst die adprobatio wirkt Befreiung[1]), sondern diese ist schon dann eingetreten, wenn tale opus fuit, ut probari deberet (fr. 37 D. loc. 19,2.) Eben weil die Erfüllung ein im Vertrage selbst liegender Befreiungsgrund[2]) ist, giebt es auch keine exceptio solutionis gegen die Klage aus der Obligation. Das „si non paret" ist Bedingung der absolutio auch dann, wenn der Schuldner erfüllt hat.

Will man überhaupt von einer rechtsbedeutsamen Annahme-Erklärung des Gläubigers reden, so liegt diese in Wahrheit in der Consens-Erklärung des Vertrages. Denn durch diese erklärt der

---

[1]) Eine Ausnahme machen allerdings die Formal-Obligationen, da dieselben durch die Form bestehen und deshalb zu ihrer Aufhebung einer bestimmten Form der Befreiung bedürfen.

[2]) Der Befreiungsgrund liegt auch bei Formal-Obligationen in der Obligation, indem die Form der Aufhebung durch die Form der Begründung bestimmt ist.

Gläubiger, das zu nehmen (emere), was Gegenstand des Vertrages ist.

§ 18. Erfüllungs-Surrogate.

Nun steht es aber fest, daß bei Annahme-Verzug der Schuldner doch nicht aller Pflichten ledig wird, daß der Gläubiger von dem Schuldner weiterhin für Mühewaltungen und Auslagen in Anspruch genommen werden kann. Und vor Allem ist doch das ökonomische Resultat, welches durch den Vertrag erzielt werden sollte, bei Annahme-Verzug nicht erreicht.

Namentlich der letzte Umstand mag es sein, welcher Kohler [1]) zu der Kategorie der Erfüllungs-Surrogate geführt hat.

Als solche bezeichnet er: Aussetzung, Deposition, Selbsthilfe-Verkauf.

Dadurch wird zwar das Dilemma umgangen, aber der Vertrag verläuft in ein unbestimmtes Etwas, dessen Rechtsgestalt unerklärt bleibt.

Die Aussetzung im Sinne Kohlers ist nicht Dereliktion, auch nicht eine dem jactus missilium identische Handlung, sondern Eigenthums-Übergabe-Offerte. Allein damit sind wir nicht weiter als vorher, m. E. sogar weiter zurück. In Bethätigung der Erfüllungs-Pflicht würde demnach der Schuldner diese Aussetzung vornehmen. Und solange er diese Pflicht noch zu erfüllen hat, ist er nach anerkannten Grundsätzen des Kaufrechtes zur custodia verpflichtet. Und diese custodia sollte der Verkäufer mit Recht dadurch ausüben können, daß er die Sache aussetzt? Man sieht, wenn die Aussetzung statthaft ist, so muß die eigentliche Verpflichtung aus dem Verkauf bereits beendigt sein.

Bekanntlich kann man nach R. R. durch Willens-Erklärung übergeben. fr. 18 D. de poss. 41,2: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. — Procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Es kann mithin der Besitz durch Willens-Erklärung übergehen. Und demnach kann der Schuldner eine Tradition bewirken,

[1]) Kohler „Annahme und Annahme-Verzug“ in Jherings Jahrbücher für Dogmatik XVII. Nr. 8.

die in ihrer Perfektion durch nichts anderes mehr bedingt ist, als durch den Annahme-Willen des Empfängers. Damit hat der Schuldner seiner Vertrags-Pflicht vollauf Genüge gethan. Es liegt ein quodammodo sub condicione recedere de possessione vor. Dies ist bei Bringschuld und Holschuld ganz dasselbe.[1]) Denn abgesehen davon, daß dieser Unterschied überhaupt kein sehr weittragender ist, weil bei Ablieferung an einem dritten Ort ebenso wohl eine Bring- als eine Holschuld vorliegt, so wird es bei der Bringschuld der Schuldner doch über das sub condicione recedere de possessione nicht hinausbringen, wenn er sich nicht durch die „brutale That" der Aussetzung, wie sie Kohler mit Recht bezeichnet, der Sache entschlagen will. Aber blos um seinen Traditions-Willen kundzugeben, ist diese Handlung gar nicht nöthig. Man würde dadurch in den Traditions-Akt Formen hineintragen, die den gesunden Ansichten des Verkehrs zuwiderlaufen.

Die Aussetzung ist mithin kein Erfüllungs-Surrogat, sondern kann erst dann eintreten, wenn der Schuldner erfüllt hat. Ist sie gerechtfertigt, so kann sie nur als weitere Handlung in Betracht kommen, welche dadurch berechtigt wird, daß der Schuldner erfüllt hat.

Auch die Deposition ist kein Erfüllungs-Surrogat, sondern erst Folge der abgeschlossenen Erfüllung. So lange der Schuldner sich noch im Stadium der Erfüllung befindet, darf er die Sache nicht auf einen Abweg führen: c. 2 Cod. de usur. IV, 32: Usuras emtor, cui possessio rei tradita est, si pretium rei non obtulerit, quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur. Durch die Deposition aber wird die Sache, das Geld von dem Wege abgeführt, den sie vertragsmäßig gehen sollten.

Und wozu die Deposition bei Gericht? Es erfordert dies ganz unnöthige Kosten. Um seinen Willen, zu erfüllen, zu bekunden, kann der Schuldner sich ganz anderer Beweismittel be-

---

[1]) Bringen und Holen beeinflussen nur die facultas, nicht die potestas und daher nicht den Besitz. Zweifellos kann es Pflicht sein, die facultas herzustellen. Es ist dies aber schon Inhalt der obligatio dandi und daher der Diligenz-Pflicht, während die Tradition Erfüllung der Pflicht ist, die potestas zu bewirken. Dies ist genau zu unterscheiden. Bei den durch die Lage der Umstände gegebenen Holschuld ist nur vacua possessio zu leisten.

dienen. Er kann aber selbst den procurator oder Depositar spielen oder die Sache einem Dritten in Verwahrung geben, ohne das Gericht damit zu belästigen. Die Deposition bei Gericht oder einem Dritten ist nicht mehr Pflicht-Erfüllung, sondern Befreiung von einer Last, die der Schuldner nicht mehr auf sich nehmen will. Daß er die Sache deponirt, statt sie zu derelinquiren, ist ein Dienst, den er daneben noch dem Gläubiger erweist. Ob er dazu verpflichtet ist, wird unten zu erörtern sein. Aber zweifellos erfordert diese Rechtslage, daß seine primäre Vertrags-Pflicht beendigt ist.

Auch der Selbsthilfe-Verkauf ist das Gegentheil eines Erfüllungs-Surrogates. Auch er setzt Beendigung der Erfüllungs-Pflicht voraus.

Zunächst kann es Fälle geben, in welchen der Verkäufer die Annahme-Weigerung als Angebot zum Rücktritt betrachten kann. Es kann auch in der Annahme-Weigerung ein Leugnen des Vertrages liegen; der Verkäufer kann dieses Leugnen annehmen; es tritt dann recht eigentlich ein contrarius dissensus ein (fr. 80 Dig. sol. 46,3). Dann ist der Selbsthilfe-Verkauf ein selbständiger.

Aber dies wird nicht immer im Interesse des Schuldners liegen.

Nun sind die weit überwiegenden Fälle, in denen die Annahme verweigert wird, nicht die der absichtlichen Verweigerung des vertragsmäßig Geleisteten; sondern das eigentliche Motiv ist die Beanstandung. Für die Parteien also liegt subjective Ungewißheit vor, ob erfüllt sei oder nicht. Objectiv dagegen ist entweder erfüllt oder nicht.

Und endlich können durch die Annahme-Weigerung, durch eine Stockung im Verkehr Rechte Dritter verletzt werden. Hier kann es in der That Pflicht des Schuldners sein, den Gläubiger vor der Verletzung solcher Interessen Dritter zu bewahren. Und umgekehrt Pflicht der Gläubigers.

Unter diesen Umständen ist zwar nicht anzuerkennen, daß die Erfüllungs-Pflicht des Schuldners einfach prolongirt wird, wohl aber ist in allen Fällen eine weitere Pflicht des Schuldners zur Interesse-Wahrung eingetreten, und es verschlägt Nichts, daß er zugleich auch angesichts der Möglichkeit, daß er im Unrecht sei, sein eigenes Interesse wahrt fr. 5 § 5. fr. 48 Dig. neg. gest. 3,5.

§ 19. Haupt= und Neben=Pflicht.

Wir sind damit zu der Unterscheidung einer Haupt= und Neben=Pflicht hingedrängt, die von einander unabhängig sind. Und das Ereignis, welches die Neben-Pflicht beginnen läßt, ist die Beendigung der Haupt-Pflicht. So verhält es sich objectiv. Da aber über die Beendigung der Haupt=Pflicht subjective Ungewißheit besteht, da der Schuldner nicht Richter in eigner Sache zu sein vermag, so kommt ein anderer Rechtsstandpunkt zur Geltung: alle bonae fidei negotia enthalten den Rechtsgrund zu einem invicem negotia gerere. Dieser Gesichtspunkt findet seinen Ausdruck in der actio contraria. Es muß indessen zugegeben werden, daß dieses Prinzip in den Römischen Quellen für die Consensual=Contrakte nicht in ausgesprochener Theorie, sondern in bethätigender Praxis zur Geltung gekommen ist.

Um nun dies zu belegen, müssen wir zunächst nachweisen, daß im R. R. ganz zweifellos die Haupt=Vertrags=Pflicht durch den Annahme=Verzug des Gläubigers beendigt wird. Dies ist in unzweideutiger Weise in den Quellen ausgesprochen.

Für die stipulatio wird dies ausgesprochen in fr. 105 Dig. 45,1: Secundum Massuri Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret continuo eum debito liberari.

Es handelt sich hier um eine Alternativ Obligation. Bei derselben trägt der Schuldner insofern die Gefahr, als ihn der Untergang eines von zwei Leistungs=Objecten oder zweier von dreien u. s. w. nicht befreit, ganz der Genusschuld entsprechend. In dem obigen Fall aber wird der Schuldner vollständig frei, weil per debitorem mora non esset, quo minus solveret.

Und das Gleiche gilt auch bei bonae fidei-Verträgen. Durchschlagend scheinen auf den ersten Blick zwei Stellen, welche indessen den Interpreten von jeher unüberwindliche Schwierigkeiten gemacht haben fr. 13 (12)—15 (14) pr. Dig. per. 18,6: Lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet.

Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae aut certe cum venditore ex emto

agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedili habuisset, ei praestaret. Quodsi neque traditi essent neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditori periculum erit.

Allein auf diese Stellen ist bei den zahlreichen Schwierigkeiten, die sie bieten, und den verschiedenen Möglichkeiten, welche sie der Auslegung gestatten, kein großes Gewicht zu legen. Ihering hat die lecti emti als ein genus bezeichnet. Allein es handelt sich bei gekauften Betten um in ihrer Identität bestimmte Betten, sodaß von einer Adnumeration nicht die Rede sein kann, wie denn auch nur von Tradition die Rede ist. Handelt es sich aber um bestimmte Betten, so paßt die Stelle nicht zu den sonst anerkannten Prinzipien. Der Käufer trägt die Gefahr schon mit der Perfektion des Vertrages (resp. der Ausscheidung, durch welche eine Spezies entsteht), nicht erst nach Tradition oder durch Annahme-Verzug. Und der Verkäufer trägt nicht bloß die Gefahr versäumter Obhut, sondern er haftet dem Käufer für das Interesse, wenn er die erforderliche custodia versäumt hat. Viel mehr ist anzunehmen, daß es sich um ein der vis maior analoges Ereignis handelt. Bei dieser trägt der Verkäufer die Gefahr allerdings insofern, als er kein pretium erhält resp. das gezahlte zurückgeben muß (fr. 33 locati 19,2: ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuam tradi, — propter vim maiorem). Der Fall, daß ein Ädil berechtigt sein sollte, die Sachen nicht auf die Seite schaffen zu lassen, sondern kurzer Hand zu zerschlagen, ist auch für die Römer, welche, wie diese Stelle zeigt, gegen den Ädilen die actio legis Aquiliae, die für culpa levissima haftbar macht, anstellen konnten, — dieser Fall ist ein damnum, quod improvidentibus accidit. Und hier ist nun gesagt, daß der Käufer die Gefahr erst vom Momente der Tradition oder mit Beginn des Annahme-Verzuges trägt. So ausgelegt giebt allerdings die Stelle keinen Beleg für unsere Anschauung. Allein bei der großen Unklarheit dieser Stelle ist auf dieselben kein großes Gewicht zu legen.

Ganz unumwunden spricht dagegen: fr. 1 § 3 Dig. ibid. 18,6: Licet autem venditori effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est; effundere autem non statim poterit, prius quam testando denuntiet

emptori ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur.

Schon hier bemerken wir, daß trotz des unzweifelhaften Annahme-Verzuges der Verkäufer doch nicht statim den Wein auslaufen lassen darf, sondern er soll erst den Käufer auffordern und ihm das Auslaufenlassen des Weines androhen. Wenn er aber damit schon sofort drohen kann, so muß er bereits von seiner Haupt-Vertragspflicht frei sein. Diese Pflicht liegt nicht mehr im Stadium der reinen Erfüllungspflicht.

Die Stelle fährt dann fort: Si tamen, cum posset effundere non effundit, laudandus est potius: eapropter mercedem quoque doliorum potest exigere: sed ita demum, si interfuit, inania esse vasa, in quibus vinum fuit: veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Und es folgt dann eine Aufzählung der Arten, wie sich der Verkäufer zu helfen habe. Es geht also aus der Stelle hervor, daß es sich um ein negotia gerere handelt und damit stellt sich der Anspruch als eine actio contraria dar. Nicht aus Miethe fordert der Verkäufer die merces, sondern als entgangenen Gewinn, weil er die Fässer hätte anderweit verwerthen können, resp. als Aufwand, den er zu Gunsten des Käufers gemacht hat.

Wir legen auf die actio contraria und den Gesichtspunkt der neg. gestio um so mehr Gewicht, als dadurch für das Verhalten des Verkäufers ein freierer Spielraum[1]) gegeben ist, als wenn man ihm dieses Verhalten genau vorschreibt, wie dies durch Statuirung von Erfüllungs-Surrogaten geschieht. Es kann die gerichtliche Deposition im Interesse des Käufers wie des Verkäufers liegen; es kann aber auch das Auf die-Straße-Stellen angemessener sein; und es kann selbst angesichts der Geringwerthigkeit des Objectes im Verhältnis zu den Kosten des Verwahrens ein Preisgeben[2]) den Interessen des Käufers am besten dienen. Dies mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hauswirths zu prüfen, ist Sache des Verkäufers.

In der That folgt denn auch der aus solcher Mühewaltung

---

[1]) Dies gegen Kohler a. a. O. S. 281—347.

[2]) a. M. Kohler a. a. O. S. 297. Man denke aber an geringen Wein zur Zeit einer glänzenden Ernte.

entstehende Anspruch ganz den Prinzipien der actio contraria. Die Auslieferung des Kaufobjects wird von der Entschädigung abhängig gemacht.

fr. 1 § 13 Dig. per. 18,6: nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit, ab emptore reddatur.

fr. 38 § 1 D. a. e. v. 19,1: Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium judicis indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi justissima videtur esse sententia.

Damit ist das Rechts-Verhältnis ganz auf den einseitigen Restitutions-Anspruch reduzirt, dem eine actio contraria gegenübersteht. Die actio venditi ist fällig; sie wäre fr. 9 pr. Dig. R. C. 12,1 mit einer condictio zu vertauschen, weil die obligatio praesens ist. Aber der Verkäufer will mehr haben, er will auch Schadlosigkeit erlangen. Er braucht die Sache non alias herauszugeben, quam si als wenn er Ersatz erhält.

§ 20. Austausch-Verzug.

Im Bisherigen haben wir nur den Annahme-Verzug ins Auge gefaßt. Die Feststellung aber, daß der Annahme-Verzug die actio fällig werden lasse, genügt noch nicht. Denn der Gläubiger muß im Stande sein, zu retiniren und dennoch die Leistung des Schuldners zu verlangen, wenn dieser zögert oder seine Leistung nicht ausführt. Trotz der Retention des Klägers wird seine actio fällig, wenn der Schuldner seine Vertrags-Pflicht nicht erfüllt.

Nur so wird die Latenz der Vertrags-Pflichten (durch Nichtfälligkeit der actiones) trotz der Geltendmachung des quasi pignus beseitigt.

Wir verweisen hier abermals auf das offerri pretium ab emptore debet. Also nur Oblation des Preises und dementsprechend der Waare ist erforderlich. Wir übergehen dabei den veralteten Streit, ob Verbal- oder Real-Oblation erforderlich ist. Die Beantwortung dieser Frage ergiebt sich lediglich aus den speziellen Umständen, nicht aus Rechtssätzen. Die Aufzählung der einzelnen Möglichkeiten wäre deshalb eine Thatsachen-Kasuistik, keine solche von Rechtssätzen. Dazu kommt noch, daß die meisten Käufe, welche nicht im Kleinverkehr als Baar- oder Natural-Käufe stattfinden, sich heutzutage überwiegend in ideellen Zahlungen (oder

im Kredit) bewegen, sodaß das offerri pretium, wenn nicht Kredit in Frage kommt, schon in dem Verhältnis des Verkäufers zu dem Käufer liegt. Erwähnt sei nur das Kontokorrent-Verhältnis. Unrichtig ist es aber, anzunehmen, daß dadurch das offerri pretium debere überhaupt in Wegfall gekommen ist.

Das Offeriren des Leistungs-Objects kann nun aber in zweierlei Weise gedacht sein; es kann ein unbedingtes Anbieten abzuliefern sein, aber auch ein bedingtes; bedingt nämlich insofern, als der Verkäufer die Sache, der Käufer das Geld nur gegen die Gegenleistung abgeben will, d. h. unter der Bedingung der Gegenleistung. Es kann dabei natürlich nicht auf eine absolute Gleichzeitigkeit ankommen, sondern es kommt nur darauf an, daß der Causal-Verlauf bereits in Bewegung gesetzt ist, welcher die Lieferung zum Abschluß bringt. Daß diese Abschlüsse gleichzeitig eintreten, ist natürlich unmöglich.

M. E. ist nun das offerre in dem letzteren Sinne zu verstehen. Es genügt die Oblation zum Austausch. Und es macht daher nicht blos der Annahme-Verzug, sondern der Austausch-Verzug die Klage fällig. Denn sonst wäre doch immer wieder Einer genöthigt, vorzuleisten und demgemäß dem Gegner zu kreditieren, um die Klage fällig resp. die Forderung erzwingbar zu machen.

Zum Beweise dessen sei auf fr. 38 § 1 cit. verwiesen: Si per autorem steterit, quominus ei mancipium traderetur.

Damit ist das Bindeglied zu allen jenen Stellen gewonnen, welche den Verzug: stat per eum, quominus bezeichnen.

Und dieses stat per, quominus ist ganz offensichtlich nicht blos auf die Annahme-Weigerung zu beziehen, sondern vor Allem darauf, daß der Gegner dadurch, daß er seinerseits die Gegenleistung verzögert, auch den Austausch verzögert. Denn da, wie wir sahen, die Retention ipso iure besteht, so bewirkt der mit der Gegenleistung Zögernde auch die Verschiebung des Austausches. Und hier kommt nun nicht blos der dolus, sondern auch die culpa, die neglegentia in Betracht. Wie wir oben sahen, ist das periculum die Kehrseite der Diligenz-Pflicht. Wo diese endigt, beginnt jenes. Und dies gilt auch für den Zeitablauf. Denn die Diligenz-Pflicht besteht ja, wenn man sie überhaupt von der Custodia-Pflicht strikt unterscheiden kann, in der fleißigen Förde-

rung der Leistung. Auch diese Diligenz hat aber ihre Grenze; psychisch in der menschlichen Kraft, wirthschaftlich in der Kostspieligkeit der Mittel. Was darüber hinausgeht, ist Zeitgefahr. Diese hat der Gläubiger zu tragen. Und solange besteht aber auch seine Retention, wofern sie nicht nur ein Rückgängigmachen der Ablieferungs-Bereitschaft enthält. Wenn aber der Gegner sich einer neglegentia schuldig macht, so ist er Ursache des Austausch-Verzuges. Und damit wird die Klage fällig, wenn der Klagende seinerseits bereit ist. Der Beklagte hat dann keine actio aus dem Vertrage unmittelbar mehr, sondern nur noch actio contraria auf Herausgabe resp. Duldung der Wegnahme.

Consequenzen.

I. Klaggrund und Klagänderung.

§ 23.

Seit der Publikation der Reichs-Civilprozeß-Ordnung besteht eine Controverse darüber, was unter dem „Grund des erhobenen Anspruchs“ (§ 230) und dem „Klaggrund“ (§ 240 Abs. 1) zu verstehen sei. Es stehen sich die sog. Individualisirungs-Theorie und die Substantiirungs-Theorie gegenüber.[1]) Während die Vertreter der ersten Meinung verlangen, Kläger müsse in der Klagschrift sich insoweit äußern, daß sein Antrag von jedem andern genau zu unterscheiden sei, fordern die Vertreter der zweiten Anführung sämmtlicher den Anspruch erzeugenden Thatsachen. Die zweite Meinung wäre wohl kaum entstanden, wenn nicht ein Satz Aufnahme in die Motive gefunden hätte, der unbedingt für die Substantiirungstheorie spricht: „Den Grund des erhobenen Anspruchs oder den Klaggrund bilden diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtsbegründenden Thatsachen.“

---

[1]) Wach, Vorträge S. 15 ff. — Fitting, Lehrbuch § 53 A. 9. — Archiv für civ. Praxis B. 61 S. 422 ff. — Zeitschr. f. d. C. Pr. B. 9. S. 69 ff. — Petersen, Zeitschr. f. d. C. Pr. III S. 385 ff. — Gruchots Beitr. z. E. d. d. R. B. 28 S. 657 ff. Archiv für sächs. Recht. B. 2. S. 65—93, 129 — 154. Wach, Gruchots Beitr. B. 33 S. 1—9. — E. Fuchs, Gruchot B. 29 S. 635 ff. -- Bolgiano, Grünhuts Zeitschr. B. 14 S. 360 ff, Zeitschr. f. d. C. Pr. B. 12. S. 454 ff. — Planck, Lehrb. I § 53, N. 27 § 71 N. 7. — Hellmann, Lehrb. S. 384 ff. — R. Schmidt, Klagänderung S. 147 ff. — Reinhold, z. Lehre vom Klagegrund.

Allein diese Meinung der Motive, die im Gesetz durchaus keine Wiedergabe gefunden hat, scheitert in der Durchführung. Denn diese Thatsachen finden nach rückwärts gar keine Grenze. Insbesondere aber hieße es dem Richter präjudiziren, sollte die Partei entscheiden müssen, welche Thatsachen für relevant zu halten sind. Der Kläger kann Vorgänge für relevant halten, die dem Richter ganz gleichgiltig sind, während der Richter Vorgänge, die sich erst im Lauf der Verhandlung[1]) ergeben, für entscheidend hält. Und umgekehrt. So kann es vorkommen, daß der Kläger in einer Äußerung des Beklagten schon den Consens, die Annahme einer Offerte erblickt, während der Richter diese in einer früheren oder späteren Erklärung erkennt.

Es soll hier indeß nicht meine Aufgabe sein, die Frage im Detail zu prüfen. Für unsere Untersuchung genügt es, den Ausgangspunkt von der Individualisirungs-Theorie zu nehmen und von da aus die Frage zu entscheiden, ob bei Annahme unseres Standpunktes das nachträgliche Vorbringen des Klägers, er habe erfüllt, eine Klagänderung sei. Denn offenbar verlangt die Individualisirungs-Theorie ein minus gegenüber der Substantiirungs-Theorie.

Auch von diesem Standpunkte aus müssen wir annehmen, daß die nachträgliche Behauptung der Erfüllung eine Klagänderung enthalte. Denn wenn der Kläger schlechthin aus dem Consens heraus Klage erhebt, so individualisirt er zwar seinen Anspruch; aber er macht ein Anderes geltend, als wenn er aus Consens und Erfüllung klagt. Dieser Anspruch ist nämlich in demselben Maße ein aliud, wie wenn der Kläger statt der Klage aus Verkauf und Lieferung aus dem für den Kaufpreis gezeichneten trockenen Wechsel[2]) (im ordentlichen Verfahren) klagen würde. Noch

---

[1]) C. P. O. § 130. Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt, — überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses **erheblichen** Erklärungen abgegeben werden.

[2]) Damit steht in keinem Zusammenhang die Frage, ob das jus paratae executionis ein aliud ius ist. Der Wechsel-Anspruch ist so gut ein aliud jus, wie der Anspruch aus der Stipulation. Dies vermischt sich nur in der historischen Entwickelung des R. R., indem die stipulatio zur cautio herabsinkt, die nurmehr als Urkunde oder Beurkundung erscheint, sich dann aber wieder zur

deutlicher wird die Analogie, wenn ein Verkäufer oder Käufer einen Verpflichtungsschein ausgestellt hat und das geltende Recht solche Verpflichtungsscheine (nur als Beweismittel) nicht als rechtserzeugend ansehen will. Klagt der Käufer oder Verkäufer aus solchem Verpflichtungsschein, so ist es zweifellos Klagänderung, wenn er nun zu Kauf und Lieferung übergeht. Es ist deshalb nicht minder ein aliud geltend gemacht, weil der erstere Anspruch vom Recht überhaupt nicht als rechtswirksam anerkannt wird.[1]) Und wie hier der Verpflichtungsschein, so würde in unserem Fall der einfache Consens als Klaggrund geltend gemacht werden. Die gegnerische Ansicht aber müßte zu dem Resultat kommen, daß Jemand, der eine Kaufs-Offerte abgesandt hat, als Antwort eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises erhalten kann, da offenbar in der Klageschrift die Annahme-Erklärung enthalten ist.

Würde nun aber bei Abweisung der Klage rein aus Consens Consumtion der Klage aus Vertrag und Erfüllung eintreten? Das müssen die Vertreter der materiellen exceptio non adimpleti contractus bejahen. Denn nach dieser besteht die Verbindung zwischen Leistung und Gegenleistung, wird aber erst durch Erhebung der exceptio zur Geltung gebracht. Nach unserer Ansicht aber tritt keine Consumtion ein, eben weil der Kläger nicht eadem quaestio erhoben hat.

Dabei ist zu betonen, daß die Klagschrift kein Formal-Akt[2])

Skriptur-Obligation entwickelt. Soweit man aber eine abstrakte einseitige Verpflichtung aus dem Consens entstehen läßt, steht diese der Wechsel- oder Stipulations-Verpflichtung gleich.

[1]) Die exceptio non adimpleti contractus würde dann die Wirkung haben, die abstrakte Wirkung aus dem reinen Consens anzufechten und den Streitpunkt wieder auf den Boden des materiellen Geschäftes zurückzuführen. Dabei würde der Beklagte um das Recht, Klagänderung geltend zu machen, gebracht werden, obwohl er doch nur Leistung Zug um Zug zugesichert hat. Was heißt aber hier die Anfechtung, da doch die materielle Wirkung aufrecht erhalten bleibt? Und wenn diese exceptio gar condictizisch wirken sollte, so würde auch das materielle Rechtsverhältnis beseitigt werden müssen. Es läge eine condictio obligationis ob causam non secutam vor! Auch giebt es wohl eine condictio der Beweis-Urkunde, die exzeptivisch geltend gemacht wird. Aber um eine solche kann es sich hier nicht handeln.

[2]) Zu einem solchen wird die Klagerhebung allerdings vielfach erhoben z. B. von Eccius (Kritik zu v. Wilmowski und Levis Commentar zur C. P. O in Gruchots Beiträgen 33 B.), der den Satz anwendet: actus legitimus non

ist. Es wird stets zu prüfen sein, ob denn in der Klage in Wirklichkeit nicht die Behauptung der Erfüllung enthalten ist. Dies ist boni viri arbitratu zu bemessen.

Und der Gegensatz von Individialisirung und Substantiirung ist der des minus zum plus. Was in einem Falle Klaganderung ist, kann im andern Fall sehr wohl unter die Ergänzung und Berichtigung der thatsächlichen (oder rechtlichen) Anführungen fallen.

Wenn z. B. der Kläger die Klage so begründet: „Beklagter kaufte am 4. Januar d. J. bei mir die und die Sache", so wird die spätere Hinzufügung: er erhielt sie auch übergeben, nahm sie aber nicht mit" gewiß unter den Begriff der Ergänzung fallen. Denn es ergiebt sich aus den Worten: „bei mir", daß es sich um ein Baargeschäft handelte, bei welchem der Käufer die Sache einfach in Empfang nahm. Und solche Hinzufügungen werden immer Ergänzungen sein, wo es sich um eine Holschuld handelt, wie dies ja meist bei Verkäufen im Laden der Fall sein wird.

Wenn es nun aber streitig wird, ob eine Bringschuld oder Holschuld vorhanden ist, so wird die bestimmte Erklärung des Käufers dahin, daß er eine Holschuld meine, keine Klagänderung sein. Doch könnte diese Ergänzung wohl zur Vertagung der Verhandlung führen.

Dem entsprechend ist denn auch zu entscheiden, ob ein Versäumnis-Urtheil gegen den Beklagten zu erlassen ist oder ob der Antrag zurückzuweisen ist.

Nach unserer Ansicht ist die Klage aus reinem Consens abzuweisen; stellt sich aber ein Verlangen des Klägers im Termin auch nur als Ergänzung dar, so ist der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurtheils unbeschadet des Rechts, Vertagung zu beantragen,

---

recipit diem vel conditionem. So sehr man aber den Ausschluß von dies und condicio billigen kann, es sei denn, daß es sich um eventuelle Klaganträge ex cadem causa handelt, so bedenklich ist die Anwendung des Terminus: actus legitimus auf die Klagerhebung. Zwar kann die Zustellung der Klagschrift nicht bedingt oder befristet erfolgen. Aber der Inhalt der Klagschrift ist so durchaus nach bona fides und boni viri arbitratu zu beurtheilen, daß der ganze Akt der Klagerhebung nicht als actus legitimus bezeichnet werden darf. Auch glaube ich, daß sich mit der Zulassung des boni viri arbitratus der Streit ob Individualisirung oder Substantiirung am besten löst.

zurückzuweisen; das Gleiche gilt, wenn das Vorbringen nicht rechtzeitig mittelst Schriftsatzes mitgetheilt war (§ 300 Abs. 3).

II. Berufung.

Da eine Klagänderung in der Berufungs-Instanz auch mit Einwilligung des Beklagten nicht zulässig ist, so kann der Kläger, wenn er in erster Instanz auf Erfüllung ohne Gegenleistung rein auf Grund des Consenses geklagt hat, sich nun nicht mehr auf Erfüllung berufen (C. P. O. § 489). Hat der Richter auf Grund der Klage auf Leistung ohne Gegenleistung (rein aus Consens) die Klage nicht abgewiesen und der Beklagte es versäumt, die Widerklage auf Gegenleistung zu erheben, so kann er diese Widerklage in der Berufungs-Instanz nicht mehr erheben (§ 491 Abs. 2); nur wenn sich infolge einer Veränderung die Compensations-Möglichkeit ergiebt, kann der Gegenanspruch eventuell zugelassen werden. Der Beklagte muß sich daher als Berufungskläger einzig auf die materielle Unwirksamkeit der Klage berufen.

Sollte der Berufungsrichter das Urtheil der ersten Instanz bestätigen, so bleibt dem Beklagten (abgesehen von der Revision), die Möglichkeit, sowohl auf einseitige Erfüllung aus Consens als auf Erfüllung aus Consens und Gegenleistung zu klagen. Am besten wird er dann thun, seine Klage auch auf Erfüllung zu stützen. Denn ein anderer Richter könnte bezüglich dieser Rechtsfrage einen anderen Standpunkt einnehmen; durch Abweisung würde jedoch die auf Erfüllung gestützte Klage nicht consumirt werden.

Hat das Gericht erster Instanz entschieden, daß die nachträgliche Erklärung über Erfüllung keine Klagänderung sei, so kann darauf keine Berufung gestützt werden (§ 242). Denn die Entscheidung ist unanfechtbar. Der Beklagte kann deshalb dieselbe auch nicht in der Berufungsschrift implicite anfechten. Und das Gericht kann daher den durch Abweisung entstandenen wesentlichen Mangel auch nicht zum Anlaß der Aufhebung des Urtheils und Verfahrens nehmen und die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen (§ 501).

Ein wesentlicher Mangel kann sich aber daraus ergeben, daß daß Gericht die Frage der Klagänderung verneint, und dann den Antrag auf Vertagung abweist.

Hat das Gericht die Klagänderung bejaht, weil es in einer nachträglichen Ausführung des Klägers erst die Behauptung der Erfüllung erblickt, und ist es dann zu einem contradiktorischen Verfahren gekommen, oder enthält das Urtheil implicite die Entscheidung, es liege eine Klagänderung vor, so kann § 501 zur Anwendung kommen. Denn die Entscheidung der Klagänderung hat das Klagfundament des Klägers eingeengt und ist so von entscheidender Bedeutung für das Endurtheil.

III. Revision.

Die Verurtheilung des Beklagten ohne Behauptung und Beweis der klägerischen Erfüllung ist in den gemeinrechtlichen Gebieten Verletzung des Gesetzes: nondum est ex emto actio. Es ist Verletzung eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinaus erstreckt § 511 C. P. O.

Ebenso ist es Verletzung des Gesetzes, wenn das Gericht den Beklagten zur Leistung verurtheilt, weil die exceptio non adimpleti contractus nicht eingelegt ist.

Denn die exceptio in materiellrechtlicher Bedeutung, nicht als Beweis-Einrede, sondern als motivierte Retention, kann als Gewohnheitsrecht nicht anerkannt werden. Auf der Seite von Keller haben sich von jeher eine große Reihe von Gerichten befunden z. B. Seufferts Archiv III. 2. VII. 249. VIII. 299.

Und fast alle Entscheidungen, welche sich für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erklären, fassen dieselbe als Beweiseinrede auf cf. oben § 4.

IV. Mahn-Verfahren.

Der bedingte Zahlungs-Befehl auf Zahlung von Geld oder Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere darf dann nicht erlassen werden, wenn nach Inhalt des Gesuches die Geltendmachung von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist. § 628 C. P. O. Die Gegner der Kellerschen Ansicht müssen zu dem Resultate kommen, daß der Zahlungsbefehl ohne die Behauptung der Erfüllung zuzulassen sei. Und es ist daher der oben schon angeführte Fall denkbar, daß Jemand auf eine Bestellung von Waaren als Antwort einen bedingten Zahlungs-Befehl zugestellt erhält, nicht aber die Waaren; gleichzeitig auch

die Annahme-Erklärung, die indeß genau genommen schon in der Zustellung des Zahlungs-Befehles liegen kann.

Von unserem Standpunkte aus muß der Mahn-Kläger in dem Gesuche Erfüllung und was dem gleichsteht behaupten. Sonst wird das Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehles zurückgewiesen (§ 631). Ist der Zahlungsbefehl noch nicht zugestellt, so ist die Behauptung der Erfüllung auch dann noch möglich, wenn sie als Klagänderung anzusehen ist.

Hat der Richter auf Grund des reinen Consenses einen Zahlungsbefehl bewilligt, und stellt der Kläger dem Beklagten einen Schriftsatz zu, in welchem er die Erfüllung nachträglich behauptet, so vermeidet er die Wirkung der Rechtshängigkeit.

Nach der Zustellung des Zahlungsbefehles kann sich nur aus dem Inhalte desselben die Frage entscheiden, ob die nachgebrachte Erklärung über Erfüllung eine Klagänderung oder nur eine Berichtigung enthalte. Der Richter hat dann schon über die Rechtsfrage entschieden, ob die Klage aus einem Consens ohne Erfüllung zulässig sei.

V. Urkunden-Prozeß.

Nach unserer Ansicht muß die Klage, wenn nicht die Erfüllung und, was dem gleichsteht, durch Urkunden bewiesen wird, als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen werden.

Die gegnerische Ansicht, nach welcher erst die Einrede des nicht erfüllten Vertrages den Kläger zum Beweise der Erfüllung zwingt, führt zu einer sonderbaren Gestaltung.

Hat der Kläger nur den Consens, nicht aber die Erfüllung durch Urkunden belegt, so muß infolge der exceptio n. i. a. die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen werden. Denn nach § 558 Abs. 3 kann die Antretung des Urkundenbeweises nur durch Vorlegung der Urkunden, nicht durch Vorlegung von Urkunden erfolgen d. h. derjenigen Urkunden, welche in Urschrift oder Abschrift der Klagschrift beigelegt sind und eben beigelegt werden müssen, weil nur sie zum Beweise zu verwerthen sind. Soll § 558 nicht sagen wollen, daß ein Urkunden-Beweis durch Urkunden erfolge, so müssen die der Klagschrift beigelegten Urkunden gemeint sein. Indessen mag zugegeben werden,

daß der Beklagte auf die Einrede verzichten kann.[1]) Will es daher Jemand riskieren, so mag er im Urkunden-Protest klagen und es darauf ankommen lassen, ob der Beklagte, nachdem er die exceptio non adimpleti contractus eingelegt hat, auf die Einrede, daß die die Erfüllung beweisenden Urkunden nicht zugestellt seien, verzichtet. Die eigentliche Unbilligkeit aber besteht darin, daß der Beklagte die Nichterfüllung erst rügen muß, obwohl doch aus den Urkunden hervorgeht, daß es sich um einen Vertrag auf Leistung Zug um Zug handelt.

Der Antrag auf Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug wird im nächsten § zu besprechen sein. Hier ist nur die Frage zu erörtern, ob, sie zunächst als zulässig zugegeben, im Urkunden-Prozeß statthaft sein würde.

Wie von verschiedenen Seiten[2]) hervorgehoben, giebt das Mahn-Verfahren, in welchem nur von keiner Gegenleistung (mehr) abhängige Forderungen geltend gemacht werden dürfen, kein argumentum a contrario.

Da ferner der Begriff des Anspruchs (§ 555) in der C. P. O. einer manchfachen Auslegung fähig[3]) ist, so könnte damit auch ein Anspruch gemeint sein, welchem noch keine actio zur Seite steht. Es kann also die Klage zulässig sein, indem nur der Consens durch Urkunden belegt wird, der allerdings einen Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung zur Folge hat. Dem entspricht es denn auch vollständig, daß die wichtigste Thatsache, welche den Anspruch erzwingbar macht, die Erfüllung, durch Urkunden bewiesen werden muß. Denn dieses Stadium wird durch den Antrag in die Vollstreckungs-Instanz hinübergeschoben und hier muß die Gegenleistung des Gläubigers nach § 664 sogar durch öffentliche Urkunden bewiesen werden. Freilich tritt dann eine große Schwierigkeit ein. Nimmt der Beklagte nicht an, so kann der Beweis der Thatsache der Erfüllung durch die Urkunde erbracht

---

[1]) Seufferts Commentar Bem. 1 b zu § 556. — Stein, Urkunden- u. Wechsel-Prozeß S. 160 und die bei Seuffert angeführten. — A. M. v. Wilmovski u. Levy A. 3 zu § 556. — Hellmann, Commentar II S. 511 und Lehrbuch S. 377. R. G. E. B. V. S. 352.

[2]) Stein, Urkunden- und Wechsel-Prozeß S. 73.

[3]) Kuntze, die Obligation, § 15. Der Anspruch in der Gesetzgebung.

sein und auch nicht. Ob in den durch die Urkunde bezeugten Thatsachen eine Erfüllung zu sehen ist, ist nach den obigen (§ 15—21) Ausführungen eine der schwierigsten Cognitionen. Wir werden auf diese Frage im nächsten § zurückkommen.

Auffallender ist dagegen, daß der Kläger durch Klage auf Leistung Zug um Zug die Rüge des fehlenden Klaggrundes schlechthin ausschließt; noch vielmehr die sogenannte exceptio non adimpleti contractus; denn er will ja nur die bedingte Verurtheilung. Daß freilich diese bedingte Verurtheilung nur die Form eines Leistungs-Urtheils hat, in Wahrheit aber nur Feststellungs-Urtheil ist, sei nur vorübergehend erwähnt, weil es sogleich näher zu besprechen ist.

Der Beklagte wird also demgemäß verurtheilt. Von Rechtswegen trägt er auch die Kosten des Verfahrens (§ 87.) Davon wird er nur dann dispensirt, wenn er den Anspruch sofort anerkennt und vorher keine Veranlassung zur Klage gegeben hat.

Durch sein Verhalten hat er aber gewiß nicht dadurch zur Klage Anlaß gegeben, daß er den Vertrag überhaupt abgeschlossen hat. Durch sein Verhalten hat er auch dann noch nicht Anlaß gegeben, wenn der Inhalt des Vertrages unter den Parteien streitig ist und er zum Prozeß bereit ist. Durch sein Verhalten hat er aber immer dann Anlaß gegeben, wenn er in Verzug ist oder den Verzug veranlaßt (cf. oben § 18, 19.) Dann ist aber nach unserer Ansicht die Verurtheilung unbedingt zulässig, indem der Beklagte mit seinem Anspruch auf die actio contraria verwiesen ist (cf. § 20 Haupt- und Nebenpflicht.) Freilich aber müßte der Annahme-Verzug durch Urkunden belegt und bewiesen werden. Liegt aber kein Verzug vor, so wird der Kläger auf seine Kosten im Urkunden-Prozeß ein Urtheil auf Leistung Zug um Zug erstreiten können, wobei er dann die Erfüllung dem Vorsitzenden des Gerichts durch öffentliche Urkunden beweisen muß, (§ 664, 666) um die Exekution durchzusetzen (cf. den nächsten Abschnitt.) Besser hätte er jedenfalls gethan, die Annahme-Weigerung urkundlich feststellen zu lassen und auf Grund dessen schlechthin Erfüllung zu verlangen.

VI. Klage auf Leistung Zug um Zug.

Nach unserer Ansicht erledigen sich eine Reihe von Fällen dahin, daß der Kläger direkt auf Leistung klagen kann. Annahme- und Austausch-Verzug können nicht verhindern, daß der Kläger seine

Vertrags-Pflicht erfüllt hat und daß somit die Bedingung seiner Klage erfüllt ist. Dem Rechnung zu tragen, wird natürlich auch dann Aufgabe des Richters sein, wenn der Kläger auf Leistung Zug um Zug geklagt hat. Und dem kann der Richter auch nur bei Annahme unserer Anschauung Rechnung tragen. Denn nach unserer Ansicht ist die Klage auf Leistung Zug um Zug Klage auf Leistung unter der auf die Gegenwart bezogenen Bedingung der Gegenleistung. Ist nun diese Bedingung in unserm Sinn schon erfüllt (also namentlich durch Angebot), so ist die Bedingung schon in praeterito erfüllt. Die unbedingte Condemnation widerstrebt dem Antrag auf bedingte Verurtheilung nicht, wenn festgestellt ist, daß die Bedingung schon erfüllt sei.

Vom Standpunkt des Römischen Rechts ist eine Klage auf Leistung Zug um Zug als actio völlig ausgeschlossen. Die actio ist noch nicht entstanden, so lange die oben bezeichneten Thatsachen nicht eingetreten sind. Der Kläger kann aber ein judicium provoziren, ohne daß er erfüllt hat. Er kann dann abgewiesen werden, wenn er dolos klagt. Aber der Hauptfall ist der, daß er Feststellung wünscht, er habe erfüllt. Die Feststellung bezieht sich — und dies ist wichtig — nicht darauf, daß er seine obligatio erfüllt hat, sondern daß die Bedingung seiner actio erfüllt ist, (cf. § 7, 16.) Die Schlußfolgerung, daß er seine obligatio erfüllt hat, ist eine durchaus selbständige, auf die es ihm garnicht ankommt, solange der Beklagte nicht eine Erfüllungs- oder Feststellungs-Klage erhebt. Diese Zweifel nun und Ungewißheiten darüber, ob Erfüllung vorliegt, rechtfertigen die Bona-Fides-Natur des judicium, bei dem nicht etwa nachgegeben oder etwas abgehandelt wird, sondern das officium judicis ist billiges Ermessen in der Feststellung. Und aus diesem Charakter der Klage ergiebt sich für den Kläger das Recht, auch noch durch nachträgliche Erfüllung seine actio zur Fälligkeit zu bringen.

Von einer Erfüllung aber nach der Condemnation weiß das R. R. Nichts.

Es ermöglichte die Feststellung und Erfüllung während des judicium. Und wenn von Seite des Klägers nicht erfüllt wurde, so trat Compensation ein, die den Kläger wie eine Strafe treffen konnte.

Diese Compensation ist nun im gemeinen Recht zweifellos weggefallen. An die Stelle der Geld-Condemnation ist überall die Real-Exekution getreten; und das Urtheil muß sich deshalb in bedingenden Formen bewegen, weil Leistung Zug um Zug Nichts anderes bedeutet, als Leistung unter der auf die Gegenwart bezogenen Bedingung (condicio in praesens collata) der Gegenleistung.

Eine Unnatur aber ist und bleibt die bedingte Verurtheilung. Denn die suspensive Bedingung bewirkt, daß zur Zeit keine Verurtheilung, sondern nur Verheißung einer Verurtheilung vorliegt, auf Grund der Feststellung, daß die Erzwingbarkeit dann eingetreten sei, wenn die Bedingung erfüllt ist.

Die Verheißung aber hat keine Bedeutung, weil die Verurtheilung auf Grund der Feststellung auch dann eintreten müßte, wenn sie nicht verheißen wäre.

Bedeutung über die Feststellung hinaus hat dieselbe nur dann, wenn die Cognition darüber, ob die Bedingung eingetreten ist, in das Urtheil eines Dritten gegeben ist.[1] Denn dann ist die Condemnation dem Machtbereich des Gerichts entrückt. Und diese Consequenz hat man denn auch gezogen. Die Cognition, daß Erfüllung erfolgt und deshalb die Bedingung eingetreten sei, ist nach der herrschenden Meinung delegirt.[2] Und zwar delegirt an die Instanz des Gerichtsvollziehers. Daß dies gegen den Satz verstößt, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf, hat man dabei gar nicht beachtet.

Allein mit dem Sinn des Gesetzes ist diese Ansicht in keiner Weise ins Einvernehmen zu bringen. Wenn wir aus den Vor-

---

[1]) Das ist ja auch bei dem bedingten Urtheil auf Eidesleistung der Fall, wo die Wirkungen in die Hand den Eidespflichtigen gelegt sind.

[2]) Unter einen andern Begriff wenigstens vermag ich diese Überlassung der Cognition an den Gerichtsvollzieher nicht zu bringen, obwohl die Vertreter der herrschenden Meinung diesen Ausdruck nicht anwenden. v. Wilmarski-Levy sprechen von einem arbitrium des Gerichts-Vollziehers A. 1 zu § 664; so ist also der eigentliche Inhalt des bonae fidei judicium in das arbitrium dieses Vollstreckungs-Beamten verlegt! vergl. Struckmann und Koch N. 1 zu § 664. Gaupp III S. 166. Petersen S. 934, 943. Endemann III S. 140. v. Bülow N. 3 zu § 664. Bunsen, Zwangsvollstreckung S. 22. Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 36. Brettner Zeitschr. f. d. CP. III S. 330 ff.

verhandlungen etwas entnehmen dürfen, so ist es die einzige traurige Thatsache, daß es der J.K. des Reichstages zu schwer erschien, die wichtigsten Klagen des Verkehrs, aus Kauf, Miethe, Werkverdingung und Tausch, prozessualisch zu regeln. Die Gesetzgeber haben einfach diese Klagen nicht regeln wollen. Sie waren nicht im Stande, die bonae fidei judicia in die Formen des neuen Prozesses hinüberzuführen. Sie waren nicht im Stande, den auf reale Leistung abzielenden arbitratus in eine reale Erzwingbarkeit umzusetzen. Es giebt in unserem Prozeß keine pronuntiatio judicis[1]).

Es ist aber äußerst willkürlich, anzunehmen, eine menschliche Handlung könne keine bedingende Thatsache sein.[2]) Die Erfüllung des Klägers ist Nichts anderes als Bedingung der Erzwingbarkeit.

Demgemäß ist auf unsere Klage kein anderer Paragraph anwendbar, als der § 664. Der Nachweis der Erfüllung ist durch öffentliche Urkunden dem Vorsitzenden des Gerichtes (§ 666) zu führen. Und das um so mehr, als keine Bedingung in ihrer Erfüllung so schwer festzustellen ist, als gerade diese.[3]) Denn gerade um die Feststellung dieser dreht sich ja der ganze Prozeß, wofern die Vorfrage, was Inhalt des Vertrages sei, erledigt ist.

Der gleichen Meinung sind denn auch

Wach, Vorträge S. 236 ff.

Fitting, Zur Auslegung der C. P. O. im Archiv für civil. Praxis B. 61 S. 436 f.

Kohler, über exekutorische Urkunden im Archiv für civil. Praxis B. 72 S. 27 ff.

Und ich vermag diese Auslegung des § 664 nicht besser zu motiviren, als mit den Worten Kohlers (S. 28): „Der Zweck der Gesetzesbestimmung in § 664 ist es, daß schwierige und subtile Prüfungen dem Vollstreckungs-Beamten nicht überlassen werden sollen. Ist nun die Prüfung, ob der eine Anspruch durch Darbietung der Gegenleistung oder in anderer Weise frei geworden ist, nicht ebenso schwierig, ja schwieriger, als die Prüfung, ob eine

---

[1]) Kuntze, die Obligation § 20: Anspruch und Klagrecht zu Anm. 1.

[2]) Wach, Vorträge S. 237: „Thatsache ist nach § 664 auch eine Leistung; denn ausdrücklich wird die Sicherheits l e i s t u n g unter den Begriff der Thatsache subsumirt. Indem nun lediglich die Sicherheitsleistung von der Dezision des § 664 ausgenommen wird, ist die G e g e n l e i s t u n g darunter begriffen."

[3]) Kohler a. a. O. S. 28 ff.

vertragsmäßige Bedingung eingetreten ist? Verlangt sie nicht ein tieferes Eingehen in die Art des zweiseitigen Rechtsgeschäftes und die daraus entspringenden Ansprüche? Wäre es daher entsprechend, hier den Gerichtsvollzieher walten zu lassen, während bei der Bedingung die Frage durch den Gerichtsschreiber und Vorsitzenden, oder bezw. durch den Notar geklärt sein muß? Ich glaube, die Frage beantwortet sich von selbst."

Und ebenso durchschlagend ist das von Fitting a. a. O. aus § 779 Abs. 1 entnommene Argument. Nach diesem § wird die Verpflichtung, eine Willens-Erklärung abzugeben, von selbst dadurch erfüllt, daß das Urtheil seine Rechtskraft erlangt. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, wenn die vollstreckbare Ausfertigung nach § 664, 666 ertheilt ist.

Die eben bezeichnete Gestaltung des Verfahrens scheint hart. Aber die Schuld liegt nicht auf der Seite der Interpretation, sondern auf der Seite des Gesetzgebers.

Hart erscheint sie durch die Vernothwendigung des Nachweises durch öffentliche Urkunden resp. einer neuen Klage in deren Ermangelung. Unbillig aber auch wiederum gegen den Beklagten, der garnicht gehört werden muß, (§ 666 Abs. [illegible]) und dem zur Feststellung der Rechtsweg zum ganzen Gerichts-Collegium verschlossen wird. Unklar erscheint diese Gestaltung dadurch, daß eine Feststellung in die Form der Condemnation gekleidet wird.

Und man bedenke doch: Die Klage auf Leistung Zug um Zug enthält, indem sie Condemnation[1] verlangt, eine plus petitio tempore, die nur durch die subjective Ungewißheit, ob Erfüllung vorliegt, entschuldigt werden kann. Der Antrag auf bedingte Verurtheilung involvirt weiter das Geständnis, noch nicht erfüllt zu haben, oder aber eine Zurückweisung des implicite geltend gemachten Antrages auf Feststellung, daß erfüllt sei!

Daß diese plus petitio tempore der Kläger damit büßt, daß er seine Erfüllung nur durch öffentliche Urkunden nachweisen muß, ist allerdings eine sonderbare Folgerung.

---

[1] Dies ist ja namentlich für die Kostenfrage von entscheidender Bedeutung. Daß der Beklagte condemnirt wird, könnte für ihn gleichgültig sein, wenn er dann sicher gewesen wäre, daß ihm die Kosten nicht zufallen.

Das Resultat aber, das wir aus den Vorverhandlungen und dem Zustandekommen des Gesetzes sowohl als aus dem Inhalte desselben entnehmen, ist das: In Wahrheit fehlt es an einem dem bonae fidei judicium entsprechenden Verfahren.[1]) Auch enthält die bedingte Vollstreckbarkeit einen Widerspruch in sich.[2]) Da Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf, so ist jede Cognition des Gerichtsvollziehers unwirksam. Die vollstreckbare Ausfertigung ist nicht im Stande, den Gerichtsvollzieher mit einer Cognition zu betrauen, die ihm kraft des ersten und obersten Satzes des G. Verfass. Ges. nicht zukommt. Der Beklagte ist berechtigt, sich in seinem Besitz zu schützen und kann die Besitzklage anstellen, ohne daß er den Einwand aus § 668 C. P. O. zu erheben braucht.

Das Fehlen eines eigentlichen Verfahrens hat zu einem complizirten Flickwerk geführt.

Einmal hat man anerkannt, daß es zulässig sei, die Feststellungsklage mit der Klage auf unbedingte Leistung zu verbinden. So:

Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 158,
Wach, Feststellungsklage S. 42 A. 65,

---

[1]) Es fehlt also die Möglichkeit, das Petitum nach dem Ausgange der Beweiserhebungen und der richterlichen Beurtheilung zu bemessen; es fehlt der Charakter der actio incerti, mit unbestimmter Intentio: quidquid ob eam rem dare facere oportet; es fehlt die Möglichkeit eines Vorbescheides, wie das Gericht die Sache auffaßt. Kläger und Beklagter stehen beide einem unvorhersehbarem Zufall gegenüber: Das Erkenntnis des Gerichtes erhalten sie bei der Leistungsklage nur mit der Condemnation oder Absolution. Und bei eventuellen Anträgen muß immer bezüglich einer oder mehrerer Abweisung des Klägers erfolgen, was auf die Gerichtskosten zurückwirkt.

[2]) Bähr, Urtheile des R. G. S. 156 findet die bedingte Verurtheilung schon in fr. 40 Dig. ad leg. Agn. IX, 2. Offensichtlich handelt es sich hier um ein Verfahren, wie unsere Sicherung des Beweises: qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit. Die condemnationis exactio wird in diesem Falle aufgeschoben. Dieses künstliche Verfahren ersetzte den Römern unsern Beweis zum ewigen Gedächtnis, also einen ganz außerordentlichen Fall, während unser Verfahren das wichtige bonae fidei judicium künstlich umgeht. — Was das Römische Prozeßrecht ipso iure durch die Form des judicium eintreten ließ, kann nur durch das mühsame Flickwerk eventueller Anträge, und hier noch unvollkommen erreicht werden.

Senfferts Archiv B. 39 Nr. 285.[1])

Dann aber wird jetzt ziemlich allgemein angenommen[2]), daß der Kläger, ohne Klagänderung zu begehen, von der Feststellungsklage zur Leistungsklage übergehen kann.

Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 158,

Bolze, Entscheid. d. Reichsgerichts II Nr. 1562, 1563; III Nr. 1140,

Wach, Feststellungsklage S. 42.

Aber die Klage auf Leistung Zug um Zug ist in ihrer widerspruchsvollen und unzuträglichen Gestalt damit nicht beseitigt. Es tritt die condemnatio ein, ehe die pronuntiatio mit Condemnations-Reife möglich war. Es kann keine Erfüllung des Klägers zwischen der Feststellung und der Condemnation eintreten, weil die letztere vorweggenommen wird. Es kann keine friedliche gegenseitige Erfüllung erfolgen, nachdem erkannt, aber noch nicht condemnirt ist.

VII. Rechtskraft der Entscheidungsgründe?

Es hat sich uns ergeben: der Kläger verlangt bei seiner Klage aus dem gegenseitigen Vertrag nur die Feststellung, daß die Bedingung seiner actio erfüllt sei.

Die Bezeichnung „Feststellung", welche hier einzig paßt, hat allerdings infolge des § 231 C. P. O. eine andere Bedeutung gewonnen, die mißverständlich ist. Die Feststellungsklage soll sein Feststellung eines Rechts-Verhältnisses. In Wahrheit aber enthält sie zweierlei:

1. Feststellung eines Thatbestandes,
2. Erkenntnis[3]) des Gerichtes, daß sich aus diesem Thatbestande Rechtsfolgen ergeben.[4]) [5])

---

[1]) A. M. Eccius in der Rezension zu v. Wilmowski u. Levy's Commentar z. C. P. O. in Gruchots Beiträgen B. 33 S. 139 ff. Durch das Verbot eventueller Klaganträge würde aber vollends dem Prozeß die arbiträre Natur genommen werden. In der That beruft sich Eccius denn auch auf den Satz: actus legitimus neque diem neque condicionem recipit. Wo aber ist in der C. P. O. gesagt, daß die Klagerhebung ein actus legitimus ist?

[2]) cf. Wach, a. a. O.

[3]) Ob die Erkenntnis pronuntiatio ist, lasse ich hier dahingestellt.

[4]) Beides, Feststellung und Erkenntnis, sind, wie die Verurtheilung,

Festgestellt können nur historische Thatsachen werden auf dem Wege der Beweis-Aufnahme (resp. richterlicher Eid). Und das Gericht erkennt, daß sich an diesem Thatbestand bedingt oder unbedingt Rechtsfolgen knüpfen. Es erkennt das Rechts-Verhältnis, indem es die Rechts-Folgen durch eine juristische Namengebung [1]) zusammenfaßt.

Reine Feststellungen scheinen nur die Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde zu enthalten; auf Feststellung der Echtheit dann, wenn nicht die Anerkennung dazwischen geschoben wäre, die indeß durch § 779 C. P. O. inutil wird. Klagen sind diese Feststellungen aber deswegen, weil das Gericht auf Rechtsfolgen erkennt [2]), die es dadurch ausspricht, daß es die Urkunde für echt oder unecht erklärt.

In der That rechtfertigt sich, daß der Gegner als Beklagter [3]), nicht als Zeuge auftritt, daß das Verfahren eine

---

Rechtsschutz-Akte, die der Staat nach Maßgabe seiner Prozeß-Gesetze verheißt. Es entsteht daraus das subjektive öffentliche Recht des „Rechtsschutz-Anspruches“: Wach, der Feststellungsanspruch S. 1—34; Kuntze, die Obligation S. 72 Nr. 1 u. 2. Die Feststellung schuldet der Staat nach unserm Recht nur in besonderen Fällen ohne Erkenntnis, so den Beweis zum ewigen Gedächtnis (§ 447—455). Dieselbe greift in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinüber, die allerdings nicht freiwillig ist und daher im Gegensatz zur streitigen Gerichtsbarkeit sehr wohl friedliche Gerichtsbarkeit genannt werden kann. Jedenfalls paßt diese Bezeichnung für alle beurkundende Thätigkeit des Gerichtes, die ja auch eine „Sicherung des Beweises“ ist. Und sie paßt insbesondere für die constituirende Thätigkeit des Gerichts, welches Rechts-Verhältnisse begründet (Vormundschaft). Das Erkenntnis und darum die Feststellungsklage gehört der streitigen Gerichtsbarkeit an.

[5]) In diesem Sinne auch mit Recht. Kuntze, Obligation S. 65: Ohne Feststellung keine Verurtheilung.

[1]) Die juristische Namengebung ist nicht Feststellung, sondern Ausspruch des Erkenntnisses, daß durch den festgestellten Einzelfall die Bedingungen gegeben sind, unter welchen das objective Recht Rechtswirkungen entstehen läßt.

[2]) So auch Wach, a. a. O. S. 52: „Der Feststellungsprozeß ist kein Mittel der freiwilligen Gerichtsbarkeit.“

[3]) Die Feststellungsklage ist eine actio, eine Klage; daraus folgt aber nicht, daß sie Anspruchs-Verfolgung im materiellen Sinne ist; sie ist aber wohl Geltendmachung einer, wenn auch nur unter Umständen eintretenden Rechtswirkung. A. M. Wach S. 121. Dagegen E. d. R. G. B. X S. 413 ff. In diesem Sinne spricht auch Kuntze, Obligation S. 68, 69, 70 von Verfolgung. Vergl. auch den römischen Ausdruck: persecutio.

Klage, nicht blos Beweisaufnahme ist, nur daraus, daß das Gericht über Rechtswirkungen in Beziehung auf den Beklagten urtheilt.[1]) Wollte man die Klage aus der Rechtspflicht herleiten, zur Feststellung beizutragen, so wäre diese ja durch die allgemeine Zeugnis-Pflicht gegeben, und würde ihr in Erfüllung dieses genügt werden. Wäre aber die Beklagtenschaft[2]) durch die Verdunkelung des Thatbestandes gegeben, so wäre die Klage Leistungsklage, gerichtet auf Beseitigung der Verdunkelung resp. Wiederherstellung der Ersichtlichkeit.

Demgemäß ergiebt sich: Die Klage auf Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage enthält wohl die Feststellung des „Rechts-Verhältnisses" des Klägers zum Beklagten[3]) (im Sinne von § 231 C. P. O.) Es wird über die gegenwärtige oder zukünftige actio des Klägers erkannt. Über die Thatsache der Erfüllung der

---

[1]) Es ist die leidige Consequenz des Ausdrucks Feststellung eines Rechts-Verhältnisses, daß man erst nach dem Beklagten suchen muß; So Bähr, Urtheile S. 160: „Im Allgemeinen wird man sagen dürfen: zwischen zwei Personen besteht ein Rechtsverhältnis, wenn zwischen ihnen eine auf ihre beiderseitigen Rechte bezügliche Rechtsfrage streitig wird." Das ist ein Cirkelweg. Der Beklagte würde gegeben sein, wenn man anerkennen würde, daß das Feststellungs-Urtheil zum Gegenstande eine aus einem Thatbestande bedingt oder unbedingt sich ergebende Rechtswirkung hat, daß es m. a. W. Erkenntnis ist. — Würde ferner über die Rechtswirkungen gegen den Beklagten erkannt, so könnte es auch nicht vorkommen, daß das Eigenthum als Rechtsverhältnis festgestellt wird, was ja, wenn man es ernst nähme, auch gegen Dritte wirken müßte.

[2]) Wach a. a. O. S. 53: „Sollten aber die Schutzmittel gegen den Beklagten verwendet werden, so muß der schutzberechtigende Thatbestand in seinem (scil. der Beklagten) Verhalten liegen. Er muß die Rechtsstellung des Klägers . . . bedrohn", dagegen kann das Feststellungs-Interesse u. E. auch dadurch gegeben sein, daß Beklagter zwar nicht leugnet, aber seiner Verpflichtung nicht nachzukommen gewillt erscheint. Der Kläger kann dann bei Fälligkeit zu der Leistungsklage um so schneller übergehen; so bei betagten und bedingten Forderungen.

[3]) Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 159. Die Verkennung dieses Satzes führte das Reichsgericht in dem von Bähr S. 143 Nr. I mitgetheilten Fall dahin, eine negative Feststellungsklage, die nach der positiven Leistungsklage vom Beklagten erhoben war, um deswillen abzuweisen, weil es an einem Interesse fehle, das Rechtsverhältnis „alsbald feststellen zu lassen." Obwohl also erkannt war, konnte doch nicht eadem quaestio inter easdem personas angenommen werden!

Bedingung seiner actio wird dagegen nur Beweis erhoben, es wird nicht darauf erkannt, daß eine obligatio des Klägers vorliege, daß diese erfüllt sei[1]) u. s. w. Dieses Erkenntnis muß der Beklagte durch Incidentfeststellungsklage verlangen.

Ist dies aber nicht geschehen, so können wir jedenfalls über das „quasi res judicata" Ulpians in fr. 2 § 2 Dig. neg. gest. III, 5 nicht hinauskommen.

Aber auch diese Wirkung ist durch § 293 C. P. O. beseitigt: Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Und ebenso enthält die Klage auf Leistung Zug um Zug, wenn in ihr wirklich ein Geständnis liegt, nicht erfüllt zu haben, auch kein Anerkenntnis: § 278 C. P. O.

VIII. Gerichtsstand.

Nur nach unserer Ansicht ist der Gerichtsstand der Klage auf Leistung Zug um Zug von selbst gegeben. Die streitige Verpflichtung des § 30 C. P. O. ist die klagweise geltend gemachte.[2]) Denn die Erfüllung des Klägers kommt nur als Erfüllung einer Bedingung in Betracht, die Verpflichtung kommt als solche garnicht in Frage.

---

[1]) Die Erfüllung ist zwar kein Rechtsverhältnis, bewirkt aber ein solches: Freiheit von der Haftung. Und jedenfalls wäre die negative Feststellungsklage hier zulässig. Nichtbestehen der Haftung aus der ursprünglichen Obligation resp. Nichtbestehen der Obligation selbst.

[2]) Wach, Handbuch I S. 452 No. c.



Inhalts-Verzeichnis.

